CÉSAR
MARTÍN
ASTRO

RECHO
OCESAL
ENAL

II

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
Profesor de Derecho procesal penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú

DERECHO PROCESAL PENAL

Segunda edición
actualizada y aumentada

II

GRIJLEY

EDITORA JURÍDICA GRIJLEY

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

DERECHO PROCESAL PENAL

Volumen II

DERECHO PROBATORIO
IMPUGNACIÓN Y RECURSOS PENALES
PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL
LOS PROCEDIMIENTOS PENALES
LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

Segunda edición
actualizada y aumentada

GRIJLEY

EDITORA JURIDICA GRIJLEY

Primera edición: Enero 2000
Primera reimpresión: Mayo 2000
Segunda reimpresión: Julio 2001
Segunda edición: Octubre 2003
Primera reimpresión: Abril 2006

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2006, César San Martín Castro

© 2006, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Colmenado*

ISBN 9972-04-012-7 (obra completa)

ISBN 9972-04-014-3 (Vol. II)

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 1501012003-3146

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA
Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 427 3147
Telefax: (51-1) 427 6038
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
Telefax: (044) 471640 / Celular: (044) 967 6885
grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO
San José 1067
Tlf.: (074) 204146

AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
Tlf.: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700

A mi esposa
A mis hijos

INDICE DEL VOLUMEN II

Prólogo a la segunda edición xxvii
Presentación a la primera edición xxxiii
Abreviaturas y convencionalismos utilizados xxxvii

PARTE VI
DERECHO PROBATORIO

CAPÍTULO XXIV
TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

I. CONCEPTO DE PRUEBA 789
II. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS 791
1. Aspectos generales 791
2. Actos de investigación y actos de prueba 793
3. Notas esenciales de la actividad probatoria y de la prueba 796
4. Prueba anticipada y prueba preconstituida 797
A. Concepto 797
B. Requisitos 799
B.1) La irrepetibilidad del hecho 799
B.2) La intervención judicial y la posibilidad de contradicción 799
B.3) La lectura de documentos 799
5. El atestado policial 800
A. Aspectos dogmáticos generales 800
B. Legislación nacional 803

III. OBJETO DE LA PRUEBA 806
1. Objeto de la prueba en abstracto 807
2. Objeto de la prueba en concreto 808
3. Libertad del objeto de prueba 809
IV. ELEMENTO, ÓRGANO, FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA 810
1. Elemento de prueba 810
A. Objetividad 810
B. Legalidad 810
C. Relevancia 811
D. Pertinencia 811
2. Órgano de prueba 811
3. Fuente y medio de prueba 812
A. Concepto 812
B. Limitación a la utilización de medios 813
C. Comunidad de la prueba 814
V. ACTIVIDAD PROBATORIA 814
1. Concepto 814
2. Carga de la prueba 815
3. Momentos de la actividad probatoria 817
A. Proposición 817
B. Admisión 817
C. Recepción 819
VI. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA 820
VII. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA 821
1. Ámbito de aplicación 821
2. Las medidas de protección 823
3. Presupuesto para la aplicación de medidas de protección 824
4. Características de las medidas de protección 825
5. Estructura de apoyo al sistema de protección 829
6. Las medidas de protección en las demás normas sobre colaboración 829

CAPÍTULO XXV
LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

I. INTRODUCCIÓN 831
II. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO 832
1. Naturaleza jurídica 832
2. Posición del imputado frente al interrogatorio 832
III. LA INSTRUCTIVA O INDAGATORIA 834
1. Aspectos generales 834
2. El acto de la instructiva 836
A. Procedencia 836
B. Asistentes 837
C. Estructura 838
IV. LA CONFESIÓN 840
1. Concepto 840
2. Clases de confesión 842
3. Condiciones de validez 844
A. Libertad y normalidad psíquica del declarante 844
B. Corroboración por otros medios probatorios 845
C. Autoridad competente y legalidad de su actuación 846
4. Efectos jurídicos materiales y procesales 846
A. Aspectos de procedimiento 846
B. Confesión y medición de la pena 847

CAPÍTULO XXVI
LA PRUEBA INDICIARIA

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO 851
II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA 855
1. Introducción 855
2. El indicio 856
3. La presunción 859

III. CLASES DE INDICIOS 862
1. Indicios antecedentes 862
2. Indicios concomitantes 863
3. Indicios subsiguientes 863
IV. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA 864

CAPÍTULO XXVII
LA PRUEBA PROHIBIDA

I. INTRODUCCIÓN 867
II. DEFINICIÓN 870
1. Concepciones acerca de la prueba prohibida 870
2. Precisiones conceptuales 875
III. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA 877
IV. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA 880
1. El valor preferente de los derechos fundamentales 880
2. Ámbito de la exclusión 881
3. Ubicación constitucional de la inadmisión probatoria 884
V. EXTENSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA 887
1. Planteamiento del problema 887
2. Excepciones al efecto extensivo 889

CAPÍTULO XXVIII
VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I. EL PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL 895
II. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN 896
1. Concepto 897
2. Alcance de la libre valoración 900
3. Libre valoración y presunción de inocencia 901
III. EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE 904
IV. OTRAS REGLAS VALORATIVAS 908
1. Precisiones 908
2. Declaraciones de la víctima 909

3. Declaraciones de coimputados 911
4. Imputaciones de colaboradores o arrepentidos 912

PARTE VII
IMPUGNACIÓN Y RECURSOS PENALES

CAPÍTULO XXIX
TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN PENAL

I. ASPECTOS GENERALES 919
1. Definición y notas principales 919
2. Exigencias constitucionales en materia de recursos 922
II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL 924
1. Alcances del art. 139º.6 de la Constitución 924
2. Necesidad del recurso de apelación penal 927
A. La revisión de la declaración de la culpabilidad y de la sanción 927
B. Legitimación de las partes para recurrir 931
C. El objeto procesal del recurso 934
III. PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN 936
1. Presupuestos subjetivos 936
2. Presupuestos objetivos 938
IV. INTERDICCIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS* 941
1. Aspectos generales 941
2. La reforma peyorativa 942
A. La jurisprudencia nacional previa a la ley 942
B. Fundamento de la reforma peyorativa 945
C. Concepto de "reforma peyorativa" 946
D. Contenido de la reforma peyorativa 948
3. Variación del procedimiento recursal 952
4. Cosa juzgada y adecuación de pena 952
V. PROCEDIMIENTO RECURSAL 953
VI. EFECTOS DE LOS RECURSOS 955
1. Introducción 955

2. El efecto devolutivo 957
3. El efecto suspensivo 957
4. El efecto extensivo 959
5. El efecto diferido 960
VII. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS 960

CAPÍTULO XXX
EL RECURSO DE REPOSICIÓN

I. CONCEPTO Y NATURALEZA 963
II. RESOLUCIONES RECURRIBLES 964
III. PROCEDIMIENTO 964

CAPÍTULO XXXI
EL RECURSO DE APELACIÓN

I. ASPECTOS GENERALES 967
II. APELACIÓN CONTRA RESOLUCIONES INSTRUCTORAS 970
III. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS 974
IV. ALGUNOS PRINCIPIOS DE LA APELACIÓN PENAL 976
1. Limitación del conocimiento del juez ad quem 976
2. Prohibición de pronunciarse sobre los no apelantes 977
3. Extensión de la competencia en los supuestos de estrecha relación . 977
4. Competencia para estudiar los presupuestos de validez del proceso 978
5. Vigencia de la *"reformatio in peius"* 979
6. Posibilidad de apreciar nueva prueba 981
7. El juez ad quem puede condenar al absuelto 982
8. Necesidad de nueva audiencia 986

CAPÍTULO XXXII
EL RECURSO DE CASACIÓN

I. LÍMITES CONSTITUCIONALES 989
II. CARACTERÍSTICAS GENERALES 991

III. RESOLUCIONES RECURRIBLES 994
IV. MOTIVOS DE CASACIÓN 995
1. Aspectos generales 995
2. Motivos por quebrantamiento de forma 996
A. Vicios de procedimiento 997
B. Vicios por defectos de la sentencia 998
3. Motivos por infracción de ley 1001
A. Error en la tipicidad 1002
B. Error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal 1002
C. Error en la apreciación jurídico-sustantiva 1003
D. Error facti 1005
V. PROCEDIMIENTO RECURSAL 1008
1. Interposición del recurso 1008
2. Tramitación del recurso 1009
3. Sentencia casatoria 1010

CAPÍTULO XXXIII
EL RECURSO DE NULIDAD

I. ASPECTOS GENERALES 1015
II. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO 1017
III. LA EJECUTORIA SUPREMA 1021
1. Votos necesarios para que exista resolución 1021
2. Nulidad de actuados. Sentencia anulatoria 1021
3. Sentencia suprema de mérito 1025

CAPÍTULO XXXIV
LA ACCIÓN DE REVISIÓN

I. ASPECTOS GENERALES 1029
II. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA 1032
III. EL OBJETO IMPUGNABLE 1033

IV. Motivos de revisión 1035
1. Introducción 1035
2. Primer motivo 1036
3. Segundo motivo 1036
4. Tercer motivo 1037
5. Cuarto motivo 1037
6. Otros motivos 1038
V. El procedimiento de revisión 1039
VI. Motivo de revisión por declaratoria de inconstitucionalidad 1042
1. Aspectos generales 1042
2. Procedimiento 1044
3. Procedimiento especial 1045

Capítulo XXXV
RECURSO DE QUEJA Y
RECURSOS FISCALES

I. Recurso de queja 1051
1. Recurso de queja ordinario 1051
2. Recurso de queja excepcional 1055
3. Otras modalidades de queja jurisdiccional 1059
II. Recursos fiscales 1060
III. La consulta 1062

Parte VIII
PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL

Capítulo XXXVI
TEORÍA GENERAL DEL
PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL

I. Concepto 1067
II. Naturaleza jurídica 1071

III. LAS MEDIDAS PROVISIONALES 1073
1. Concepto 1073
2. Características 1074
A. La instrumentalidad 1074
B. La urgencia 1076
C. Proporcionalidad 1077
D. La regla "rebus sic stantibus". *La variabilidad* 1080
E. La jurisdiccionalidad 1081
IV. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES 1083
V. EFECTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES 1085
VI. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES 1086
VII. ACTIVIDAD PROCESAL 1087

CAPÍTULO XXXVII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES PERSONALES

I. ASPECTOS GENERALES 1091
II. CONDICIÓN GENERAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL 1095
III. LA DETENCIÓN IMPUTATIVA O PRELIMINAR 1099
1. Configuración jurídica 1099
2. Detención preliminar policial 1102
3. La detención preliminar judicial 1107
A. Detención preliminar judicial ordinaria 1108
B. Detención preliminar judicial extraordinaria 1109
IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA 1112
1. Concepto y sujetos activos habilitados 1112
A. Análisis interno de la prisión preventiva y fundamento constitucional 1112
B. Aspectos problemáticos de la CADH 1114
2. Naturaleza y funciones de la prisión preventiva 1116
3. Principios y motivos de la prisión preventiva 1123
4. La prisión preventiva en la legislación nacional 1128

A. Presupuestos materiales 1128
B. Presupuestos formales 1136
5. Modalidades de la prisión preventiva 1139
A. La prisión preventiva comunicada 1140
B. La prisión preventiva incomunicada 1140
6. Plazo de la prisión preventiva 1142
A. Aspectos generales 1142
B. Legislación y jurisprudencia nacionales 1145
7. Recursos contra la prisión preventiva 1153
8. Prisión preventiva y parámetros de los cuatro años 1156
V. La comparecencia 1157
1. Aspectos generales 1157
2. La comparecencia simple 1159
3. Comparecencia restrictiva 1161
A. La comparecencia restrictiva obligatoria 1161
B. La comparecencia restrictiva facultativa 1162
VI. El impedimento de salida o arraigo 1166
VII. La medida de internamiento provisional del anormal psíquico 1168
VIII. Medidas de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación 1170
1. La legislación de protección frente a la violencia familiar 1170
2. Carácter y naturaleza de las medidas 1171
3. Presupuestos 1172
4. Características y procedimiento 1174
IX. La suspensión provisional de derechos 1175

Capítulo XXXVIII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES REALES

I. Aspectos generales 1177
II. Finalidades y presupuestos 1178
1. Finalidadades 1178
2. Presupuestos 1179

III. EL EMBARGO 1182
1. Concepto 1182
2. Procedimiento 1184
3. La Ley Nº 27652 y el nuevo trámite del embargo 1189
IV. EL SECUESTRO O INCAUTACIÓN DE BIENES 1192
1. El decomiso 1192
2. La incautación o secuestro de bienes 1196
3. Incautaciones especiales 1200
V. ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL PROCESAMIENTO PENAL 1202
VI. ORDEN DE INHIBICIÓN DE BIENES INSCRIBIBLES 1205
VII. DESTRUCCIÓN DE CULTIVOS 1206
VIII. LA INMOVILIZACIÓN, LA MINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTAMINANTE 1207
1. La inmovilización de bienes muebles 1207
2. La recuperación provisional del bien usurpado o ministración provisional de la posesión 1208
3. La suspensión de la actividad contaminante 1211
IX. LA PENSIÓN PROVISIONAL Y EL INVENTARIO DE BIENES 1213

CAPÍTULO XXXIX
LA EXCARCELACIÓN

I. INTRODUCCIÓN 1215
1. Definición 1215
2. Notas características 1216
3. Modalidades de excarcelación 1218
II. LA LIBERTAD PROVISIONAL 1219
1. Concepto 1219
2. Presupuestos 1221
A. Introducción 1221
B. Variación de la penalidad del hecho 1222
C. Variación del peligro de fuga o de entorpecimiento 1223
3. Obligaciones accesorias 1225

A. La caución 1225
B. Las reglas de conducta 1227
4. Procedimiento 1228
A. Oportunidad 1228
B. Competencia 1229
C. Trámite 1229
D. Recursos 1230
III. LA LIBERTAD VIGILADA 1231
IV. LA LIBERTAD POR EXCESO DEL PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA 1232
V. LA LIBERTAD INCONDICIONAL 1233
VI. LOS DELITOS INEXCARCELABLES 1237

Parte IX
LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

CAPÍTULO XL
PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES 1241
II. EL PROCEDIMIENTO COMÚN–ORDINARIO 1244
1. Ámbito de aplicación 1244
2. Características generales 1246
3. El Código de 1991 1247
III. EL PROCEDIMIENTO SUMARIO O ABREVIADO 1248
1. Ámbito de aplicación 1248
2. Características generales 1250
A. Bases y fuentes normativas 1250
B. La instrucción sumaria 1251
C. La etapa intermedia 1252
D. La sentencia 1253
E. La etapa de impugnación 1258
3. EL CÓDIGO DE 1991 1260
IV. EL PROCEDIMIENTO POR FALTAS 1261

1. Ámbito de aplicación 1261
2. Notas características 1263
A. Aspectos generales 1263
B. Iniciación 1265
C. Audiencia 1266
D. Otras diligencias de instrucción 1268
E. El procedimiento recursal 1269

CAPÍTULO XLI
LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

I. ASPECTOS GENERALES 1271
II. EL PROCEDIMIENTO CONTRA ALTOS DIGNATARIOS 1272
1. Introducción 1272
2. El antejuicio o acusación constitucional 1273
3. Competencia y procedimiento 1275
4. Otros aspectos de la inmunidad en la Constitución 1277
5. El Código de 1991 1278
III. EL PROCEDIMIENTO CONTRA MAGISTRADOS 1279
1. La promoción de la acción penal 1279
2. Competencia y procedimiento 1282
3. El Código de 1991 1283
IV. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS 1283
1. Aspectos generales 1283
2. La investigación preliminar del delito 1286
3. Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar 1289
4. La legislación sobre lavado de activos: reglas de investigación y de presunción 1294
A. El levantamiento del secreto o de la reserva bancaria, tributaria o bursátil 1295
B. Presunción y origen ilícito de los activos, constitutivos del objeto material del delito 1296

C. La ley de creación de la Unidad de Inteligencia Financiera 1297
5. Técnicas especiales de investigación 1298
A. La "remesa controlada" 1299
B. El agente encubierto 1300
C. El agente provocador y técnica policial de provocación para la obtención de pruebas de delitos ya cometidos 1303
6. Intervención y control de comunicaciones 1305
7. Procedimiento para los delitos de tráfico ilícito de drogas 1308
8. Fármaco dependencia: Tratamiento específico 1310
V. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS FISCALES 1312
1. Aspectos generales 1312
2. Disposiciones comunes 1313
A. Jurisdicción, competencia y trámite general 1313
B. Persecución penal y sanción administrativa 1314
C. Facultad para denunciar delitos 1317
D. Recompensas para el denunciante 1319
E. Características singulares del procedimiento penal tributario 1320
3. El procedimiento penal tributario 1321
A. La acción penal 1321
B. La medida provisional personal de comparecencia 1324
4. El procedimiento penal aduanero 1327
A. La investigación del delito aduanero 1327
B. El secuestro o incautación 1329
C. La pericia institucional aduanera 1333
D. Otras especialidades procedimentales 1335
5. Las modificaciones procesales de la Ley Nº 27038 1336
A. Introducción 1336
B. La exención de responsabilidad penal 1337
C. La notificación al órgano administrador del tributo 1339
D. La participación del colaborador 1339
VI. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TERRORISMO 1340
1. Aspectos generales 1340

2. La fase preprocesal de investigación del delito de terrorismo 1344
3. El procedimiento penal. Especialidades 1349
A. Regla general 1349
B. Competencia penal 1350
C. Especialidades procedimentales en la etapa de instrucción 1352
D. Especialidades procedimentales en etapa de enjuiciamiento 1356
E. La consulta obligatoria 1360
F. La participación procesal del Procurador Público 1361
VII. EL PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES 1363
1. Aspectos generales 1363
2. Reglas especiales para el ausente y el contumaz 1366

CAPÍTULO XLII
LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

I. INTRODUCCIÓN 1371
II. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO PRIVADO 1372
1. Aspectos generales 1372
2. El procedimiento previsto en el Código de 1940 1373
A. Estructura del procedimiento 1373
B. Incoación del procedimiento 1374
C. El comparendo 1375
D. Sentencia e impugnación 1378
E. La garantía de publicidad 1379
3. El procedimiento de sumaria investigación 1380
A. Ámbito y procedimiento 1380
B. El procedimiento del delito de provocación pública al delito 1382
C. Publicidad del procedimiento de sumaria investigación 1382
4. El Código de 1991 1383
III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA 1383
1. Aspectos generales 1383
A. Regulación legal y naturaleza jurídica 1383

B. Finalidad 1385
C. Algunos problemas constitucionales 1385
2. Ámbito de aplicación 1387
A. Competencia 1387
B. Oportunidad 1388
C. Legitimación 1388
3. Procedimiento 1389
A. Audiencia especial y privada 1389
B. Control jurisdiccional del acuerdo 1390
B.1. Control de adecuación típica 1390
B.2. Control de la pena y de la reparación civil 1391
B.3. Control del fundamento probatorio de la imputación 1392
C. La decisión judicial 1392
D. Beneficios especiales 1394
D.1. Ley Nº 26320 1394
D.2. Ley Nº 28008 1394
E. Aspectos específicos de la Ley Nº 28008 1395
4. Problemas de aplicación 1396
A. Rechazo in limine *de la solicitud de terminación anticipada* 1396
B. Exclusión del fiscal y del juez 1396
C. Procedimiento principal y terminación anticipada 1397
D. Procedimientos complejos 1397
IV. EL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ 1398
1. Aspectos generales 1398
2. Principios comunes del procedimiento por colaboración eficaz ... 1402
A. Eficacia 1402
B. Proporcionalidad 1403
C. Condicionalidad 1403
D. Formalidad 1404
E. Oportunidad 1404
3. El Decreto Legislativo Nº 815 1404
4. El Decreto Legislativo Nº 824 1406

A. Aspectos generales 1406
B. Derecho penal material 1407
C. Lineamientos procesales 1408
5. El procedimiento transaccional de justicia penal negociada 1410
A. Aspectos generales 1410
B. Ámbito y alcance material de las normas sobre colaboración eficaz 1414
C. El procedimiento especial por colaboración eficaz 1417
C.1. Intervención del Fiscal de la Nación 1417
C.2. Fases del procedimiento por colaboración eficaz 1418
C.3. La fase de iniciación 1419
C.4. La fase de corroboración fiscal 1420
C.5. La fase de control y decisión jurisdiccional 1426

CAPÍTULO XLIII
LOS PROCEDIMIENTOS AUXILIARES

I. EL PROCEDIMIENTO DE HOMONIMIA 1433
1. Introducción 1433
2. Características del procedimiento de homonimia 1435
A. Aspectos previos 1435
B. Competencia objetiva 1436
C. El procedimiento de homonimia 1437
D. La decisión judicial 1438
II. EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EXTRAORDINARIAS 1439
1. Aspectos generales 1439
2. El procedimiento de audiencias públicas extraordinarias 1440
III. EL PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL 1442
1. Introducción 1442
A. Aspectos generales 1442
B. La cooperación judicial internacional 1444
2. La extradición 1446
A. Concepto y fundamento 1446

B. Normas de derecho interno en materia de extradición 1449
B.1. La Ley de extradición de 23 de octubre de 1888 1449
B.2. La Constitución de 1993 1450
B.3. La Ley Nº 24710 y el Decreto Supremo Nº 044-93-JUS 1451
B.3.1. Notas explicativas de la extradición 1451
B.3.2. La extradición pasiva 1455
B.3.3. La extradición activa 1460
C. Tratados multilaterales en materia de extradición 1461
D. Tratados bilaterales en materia de extradición 1466
3. Las demás modalidades de cooperación judicial internacional ... 1470
A. Los tratados de cooperación judicial 1470
B. La transferencia de personas condenadas 1472
C. La asistencia judicial internacional 1476
D. La transmisión de procedimientos en materia penal 1481
E. La entrega vigilada 1482
4. La cooperación judicial internacional y la Corte Penal Internacional 1484
A. La creación de la Corte Penal Internacional 1484
B. La jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional 1486
C. La cooperación internacional y la asistencia judicial 1489
D. La entrega de personas 1491
E. La asistencia judicial 1493

CAPÍTULO XLIV
LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES

I. INCIDENTES PROCESALES 1497
1. Concepto 1497
2. Notas Características 1498
3. Clasificación 1499
II. PROCEDIMIENTO INCIDENTAL 1501
1. Aspectos generales 1501

2. Incidentes en la etapa de instrucción 1502
3. Incidentes en la etapa de enjuiciamiento 1504
4. Incidentes en la etapa intermedia 1506
III. CUESTIONES INCIDENTALES ESPECIALES 1507
1. Cuestiones de competencia 1507
2. Cuestiones previas, prejudiciales y excepciones 1508
3. Incidentes de tachas 1509

PARTE X
LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

CAPÍTULO XLV
LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

I. CONCEPTO 1513
II. NATURALEZA JURÍDICA 1515
III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PENAL 1516
IV. FUENTES 1518
V. RÉGIMEN JURÍDICO 1519
1. Título de Ejecución 1519
2. Órganos de la ejecución 1520
3. Partes en la ejecución 1521
4. Incidentes de ejecución 1522
A. Revocación de las penas alternativas a la privación de libertad 1523
B. Concesión y revocación de beneficios penitenciarios 1524
C. Revisión del título ejecutivo por conexión de delitos 1529
D. Cesación de la internación y extinción o reducción de la pena 1530
E. Ejecución de las consecuencias económicas del delito 1532
E.1. De la reparación civil 1532
E.2. De las consecuencias accesorias 1533
E.3. Del pago de la multa 1533
F. Otros incidentes de ejecución 1535

VI. EJECUCIÓN DE LAS PENAS 1536
1. Pena privativa de libertad 1537
2. Penas restrictivas de libertad 1538
3. Penas limitativas de derechos 1538
4. Condena condicional y reserva del fallo condenatorio 1541
5. Quebrantamiento de las penas sustituidas y convertidas 1543
VII. CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN 1544
1. Causa normal 1544
2. Causas anormales 1545
A. Muerte del condenado 1545
B. Exención de pena 1545
C. Derecho de gracia 1546
D. Perdón del ofendido 1547
E. Prescripción de la pena 1548
F. Anulación del título de ejecución 1548
BIBLIOGRAFÍA 1551

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

I

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

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

§ 3. *Paralelamente, ante las serias disfunciones de la legislación procesal penal, se ha vuelto a poner en la agenda nacional la necesidad de la reforma de*

la justicia penal en general y del proceso penal en particular. No extraña pues que esté en plenas labores una Comisión de reforma e implementación del Código Procesal Penal, así como otra dedicada al Código Penal. También, desde el propio Poder Judicial, se viene gestando un intento serio de reforma institucional del orden jurisdiccional penal, como parte de un esfuerzo colectivo, del Estado y la sociedad civil –aún insuficiente–, de acercar la justicia a la comunidad y de responder al reto de una impartición de justicia que asuma como valores integrados, cada uno en su ámbito pero mutuamente interrelacionados, los de garantía *–reflejados en la vigencia plena de los derechos fundamentales, que nunca pueden descuidarse– y* eficacia *–que reclama una sociedad atenta a los serios perjuicios que ocasiona la criminalidad y, básicamente, la impunidad–.*

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

II

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

§ 6. *Creo, sin posibilidad de equivocarme, que mis cuatro estancias académicas en la Universidad de Alicante, mis constantes conversaciones y debates con procesalistas españoles de altísimo nivel, entre los que no puedo dejar de mencionar a Vicente Gimeno Sendra, José María Asencio Mellado y Olga Fuentes Soriano, así como las numerosas oportunidades en que he tenido encuentros con procesalistas*

latinoamericanos, me han permitido contrastar puntos de vista, intercambiar y recibir información y, esencialmente, reflexionar con rigor y seriedad –al menos eso espero– acerca de los alcances y nuevas perspectivas del Derecho procesal penal. Claro, lo que expongo a continuación es producto de mis particulares concepciones y en nada comprometen, en lo puntualmente erróneo o defectuoso, a todos ellos y a su pensamiento procesal, que tanto valoro.

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

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

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

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

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

§ 8. *En esta edición presento nuevas instituciones e incorporo otros aspectos dentro de una misma institución procesal. Destaco, en primer lugar, el análisis*

del controversial proceso por colaboración eficaz; en segundo lugar, el estudio de la Cooperación Judicial Internacional; en tercer lugar, el nuevo enfoque del proceso por delito de terrorismo, con un estudio previo de las consecuencias de la nulidad de procesos por el Tribunal Constitucional al haberse vulnerado garantías genéricas y específicas del proceso penal; y, en cuarto lugar, el novedoso acercamiento jurídico a la investigación preliminar, como consecuencia de los dos fallos del Tribunal Constitucional sobre la materia (es decir, la legislación de seguridad nacional y la de terrorismo).

Por otra parte, analizo concisamente las consecuencias procesales que sugiere la aplicación de medidas contra las personas jurídicas y, entre otros puntos, el nuevo rol que está llamada a desempeñar la víctima en el proceso penal. También insisto en la necesidad del recurso de apelación contra las sentencias y en la consecuente exigencia de asumir en este ámbito la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De igual manera, trato resumidamente la nueva dimensión que tiene el ne bis in idem *procesal y la denominada "prejudicialidad administrativa".*

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

III

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

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

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

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

Lima, setiembre de 2003

PRESENTACIÓN
A LA PRIMERA EDICIÓN

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

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

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

necesidad de un cambio procesal comprendía a nuestros países; y, ¡porqué no decirlo!, el fracaso del movimiento de reforma procesal penal peruano evidenció que existen varios obstáculos, de diversa procedencia e intensidad, que impiden el cambio de las estructuras procesales penales. El conjunto de estas circunstancias, variadas y contradictorias, me forzaron a trabajar con mucha exigencia el fenómeno del proceso penal.

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

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

Mucho de lo que se dice en este libro, y se dice bastante, es opinable. Sostengo puntos de vista singulares en varias materias y, en múltiples ocasiones, discrepo de lo decidido por la jurisprudencia suprema, que me he esforzado en incorporar masivamente a lo largo de sus páginas. Asimismo disiento, en muchos casos, de lo que comúnmente se piensa en los ambientes jurídicos nacionales. La explica-

ción es la siguiente: mi punto de partida comienza con una ruptura radical con el modelo inquisitivo que nos agobia y con toda la cultura que lo envuelve y, sobre la base de los principios propios del sistema acusatorio, compatible con un Estado Social y Democrático de Derecho, intento iniciar un nuevo discurso de las instituciones procesales de nuestro ordenamiento jurídico interno.

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

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

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

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

Una mención aparte, y sobresaliente al extremo, merece mi familia. Mi esposa María del Rosario y mis hijos César y Diego han "pagado" muy caro mi dedicación académica. Han sido ausencias de meses en el extranjero para obtener el material bibliográfico necesario y perfilar el trabajo, fines de semana interminables que utilicé en la preparación del libro, largas noches y amanecidas de meditación y reflexión, no pocas discusiones por esta distracción y, finalmente, un esfuerzo común que no es del caso abundar. Por ello, y de todo corazón, es que les dedico el libro; él es sinónimo de sus sacrificios y del encomiable apoyo que recibí de su parte.

Lima, enero de 1999

ABREVIATURAS Y CONVENCIONALISMOS UTILIZADOS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Sentencias del Tribunal Supremo alemán]
BverfGE	Tribunal Constitucional Federal alemán
CADH.	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica, 1977)
C de PP.	Código de Procedimientos Penales (Ley Nº 9024 del 16 de enero de 1940)
CEP.	Código de Ejecución Penal (D. Leg. Nº 634 del 02 de agosto de 1991)
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
cit.	citado anteriormente
CJM.	Código de Justicia Militar (D. Ley Nº 23214 de 24 de julio de 1980)
CMA.	Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales (D. Leg. Nº 613 del 08 de setiembre de 1990)
CoIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comp.	Compilador
CoNA.	Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nº 27337 del 07 de agosto de 2000)
Const.	Constitución Política del Perú
CP.	Código Penal (D. Leg. Nº 635 del 08 de abril de 1991)
CPC.	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (R.M. 010-93-JUS del 23 de abril de 1993)
CPP.	Código de Procedimientos Penales (Ley Nº 9024 del 16 de enero de 1940)

CPP 1940 / Código de 1940	Código de Procedimientos Penales (Ley Nº 9024 del 16 de enero de 1940)
CPP 1991 / Código de 1991	Código Procesal Penal (D. Leg. Nº 638 del 27 de abril de 1991)
CT.	Texto Único Ordenado del Código Tributario (D. S. Nº 135-99-EF de 19 de agosto de 1999)
D. L. / D. Ley	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. S.	Decreto Supremo
Dir.	Director; Dirigido por
DUDH.	Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948)
Ed. / ed.	Editor / edición
et. al.	*et alii*; y otros
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento jurídico
inc. / incs.	inciso / incisos
LDA.	Ley sobre el Derecho de Autor (D. Leg. Nº 822 de 24 de abril de 1996)
LGS	Ley General de Sociedades (Ley Nº 26887 de 09 de diciembre de 1997)
LOMP.	Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. Nº 052 de 18 de marzo de 1981)
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial (D. S. Nº 017-93-JUS de 02 de junio de 1993)
LOPNP.	Ley Orgánica de la Policía Nacional (Ley Nº 27238 de 22 de diciembre de 1999)
LPAG.	Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley Nº 27444 de 11 de abril de 2001)
LPT	Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 26636 de 24 de junio de 1996)
num. / nums.	numeral / numerales
OC	Opinión Consultiva
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana
p. / pp.	página / páginas
párr. / párrs.	párrafo / párrafos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966)

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

Parte VI
DERECHO PROBATORIO

CAPÍTULO XXIV
TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

SUMARIO: **I.** Concepto de prueba. **II.** Actos de aportación de hechos: 1. Aspectos generales. 2. Actos de investigación y actos de prueba. 3. Notas esenciales de la actividad probatoria y de la prueba. 4. Prueba anticipada y prueba preconstituida. 5. El atestado policial. **III.** Objeto de la prueba: 1. Objeto de la prueba en abstracto. 2. Objeto de la prueba en concreto. 3. Libertad del objeto de prueba. **IV.** Elemento, órgano, fuente y medio de prueba: 1. Elemento de prueba. 2. Órgano de prueba. 3. Fuente y medio de prueba. **V.** Actividad probatoria: 1. Concepto. 2. Carga de la prueba. 3. Momentos de la actividad probatoria. **VI.** Clasificación de los medios de prueba. **VII.** Protección de órganos de prueba: 1. Ámbito de aplicación. 2. Las medidas de protección. 3. Presupuesto para la aplicación de medidas de protección. 4. Características de las medidas de protección. 5. Estructura de apoyo al sistema de protección. 6. Las medidas de protección en las demás normas sobre colaboración.

I. CONCEPTO DE PRUEBA

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

---

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

prueba es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso. CARNELUTTI dice, al respecto, que "el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos, constituye, pues, la *institución jurídica de la prueba.* Estas normas establecen una primera y más amplia obligación del Juez, de contenido negativo: *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley*" [2].

El proceso penal, como se sabe, es el marco formal que permite dilucidar la aplicación del *ius puniendi* y sólo a través de él debe descubrirse la verdad acerca de los hechos objeto de imputación. Contemporáneamente, la característica central de esta actividad probatoria, que permite llegar a aproximarse a la verdad, la utilización de las novedades técnicas y científicas (especialmente captadas por la prueba pericial), para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios, y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de sus resultados; todo dentro de un marco de respeto a la persona del imputado y de reconocimiento a los derechos a los derechos de todas las partes privadas [3].

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

Lo expuesto permite resaltar la extraordinaria importancia de la prueba. Tres son las razones más relevantes de su importancia, al decir

---

[2] CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 44-45.

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

de Jesús Ignacio GARCÍA VALENCIA [4]. En primer lugar, es la *base de la administración de justicia*, pues sin prueba no es posible reconstruir todos los tópicos que constituyen el objeto del proceso penal. En segundo lugar, *permite la aplicación de las normas jurídicas*, en tanto que el supuesto de hecho de la norma jurídica, a la que une la consecuencia jurídica, necesita acreditarse por medio de la prueba; y, en tercer lugar, *da eficacia al ejercicio del derecho de defensa*, porque cualquier pretensión procesal no puede afirmarse si no se prueba y en tanto las partes puedan probarla defenderán cabalmente sus derechos.

Desde esta perspectiva, como apunta Vincenzo MANZINI [5] la prueba exige el ejercicio de una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: *producción*, que es una manifestación de voluntad hecha por las partes dirigida a introducir en el proceso un determinado medio de certeza; *recepción*, que es el hecho de tomar conocimiento del elemento de prueba (dato objetivo o información sobre el objeto procesal) producido en el proceso; y, *valoración*, que es el análisis crítico hecho por el juez y sustentado en la libre convicción o criterio de conciencia acerca del resultado del examen probatorio.

II. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS

1. ASPECTOS GENERALES

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

---

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

[5] MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1952, T. III, pp. 198-199.

que el Tribunal dicte sentencia [6]. Cabe aclarar que si bien, como dato de principio, la finalidad de los actos de investigación no es la fijación definitiva de los hechos para que trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, le corresponde proporcionar los elementos necesarios para la acusación y defensa, así como para la dirección del debate contradictorio por el juzgador [7].

Es por ello que no cabe comprender en la noción de prueba, como algunos otros autores afirman, dos actividades distintas: la actividad de *averiguación* –propia de la etapa de instrucción– y la de *verificación* –propia del enjuiciamiento– de lo previamente averiguado, puesto que para probar es necesario precedentemente investigar, averiguar, indagar; por consiguiente, se investigan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a los mismos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de las mismas, es decir, la verificación de su exactitud [8].

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

---

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

[7] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías indivisibles en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 449.

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

Como los actos de aportación de hechos tienen como finalidad introducir hechos al proceso, según la fase procesal en que se lleven a cabo éstos se dividen en actos de investigación, típicos de la instrucción, y actos de prueba, propios del debate oral. Esta obvia diferenciación, empero, no ha sido entendida y asumida por el Supremo Tribunal, tal vez por el tenor, absolutamente cuestionable, del art. 280º del CPP [9], que entre otras muchísimas decisiones tiene declarado que los "medios probatorios que se han actuado en las etapas del proceso penal –instrucción y juzgamiento–, conllevan a afirmar categóricamente que no se encuentra acreditada la comisión del delito..." [10].

2. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA

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

ORTELLS RAMOS reconoce cinco diferencias entre actos de investigación y actos de prueba [11]. Son las siguientes:

A) En *primer término,* hay una diferencia estructural. El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada

---

[9] El art. 280º del CPP 1940 establece: "La sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción". Esta norma debe de concordarse con los arts. 72º, 253º y 262º del indicado Código, pero a su vez deben ser recusadas como directa derivación de la cláusula del debido proceso y la del derecho de inocencia, reconocidas en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La lógica contradictoria del procedimiento, la real valoración y primacía del juicio oral, así como la efectiva garantía del derecho de defensa del imputado necesariamente han de reconducir nuestros conceptos procesales. Según lo que se tiene expuesto, cualquier frente de información no es prueba; tal calificación jurídica sólo puede ostentarla aquella diligencia llevada a cabo en presencia del juez y con la activa participación igualitaria de las partes, siempre que no vulneren los derechos individuales y las normas ordinarias dictadas en garantías de la efectiva participación de las partes.

[10] Ejecutoria suprema de 27 de septiembre de 1999, Exp. Nº 103-99, Callao (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal,* Jurista Editores, Lima, 2002, p. 309).

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

afirmación. Presupone la previa realización de tal afirmación que se convierte en el objeto de la prueba. El acto de investigación se refiere a una hipótesis y persigue alcanzar el conocimiento de los hechos, para determinar si luego puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre esos hechos. Este último es condición del primero.

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

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

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

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

Para los actos de prueba, en cambio, la contradicción es plena. Se exige: (1) El concurso obligatorio de las partes necesarias cuando menos; (2) La defensa obligatoria para el imputado; (3) El interrogatorio cruzado por las partes al órgano de prueba, esto es, a los testigos y peritos (el Código de 1940, incomprensiblemente, impone un *cross examination* mediatizado o indirecto para las partes privadas); (4) La declaración del acusado ante todas las partes; y, (5) La imposibilidad de declarar el secreto del juicio, impidiendo que alguna de ellas sea prohibida de presenciar e intervenir en momento alguno del debate.

Es de poner muy en claro que los actos de prueba no son una mera repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica de desarrollo es distinta; de ahí que en el juicio oral no se trata simplemente de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante el sumario. El material probatorio que se obtiene en el juicio oral es fruto de la actividad de todas las partes y del Tribunal; mientras que en los actos de investigación el protagonismo corresponde al órgano judicial instructor, no siendo obligatoria la concurrencia de las partes y su presencia tiene un carácter secundario o complementario [12].

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

El Código de 1940, sin embargo, en el Título III "Audiencias" menciona la lectura: **1.** De la declaración –obviamente judicial– de los testigos que no asistan al debate y sobre cuya concurrencia no insista el Tribunal, así como las demás testimoniales que pidan las partes (art. 253º); y, **2.** De la prueba instrumental (art. 262º), que evidentemente comprende: **a)** las actas labradas por la Policía Judicial, documentos en ge-

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

neral (testimonios, escrituras, contratos, certificaciones, libros, etc.), incluyendo fotografías, videos o cintas magnetofónicas; b) las actas judiciales irreproducibles (inspección ocular, levantamiento de cadáver, toma de muestras o huellas, reconstrucción, reconocimiento, ingreso y registro domiciliario, intervención e inspección personal, intervención de las comunicaciones); y, c) los informes o dictámenes periciales (art. 259º).

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

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

La actividad probatoria, en rigor, consta de tres grandes notas esenciales: **1.** Es una *actividad distinta de la actividad propiamente de investigación* o indagación de los hechos, que es anterior a la probatoria y permite posibilitar que las partes realicen sus afirmaciones en torno a los hechos investigados. **2.** Es una *actividad de comprobación*, puesto que se encuentra destinada a verificar las afirmaciones realizadas por las partes y, como tal, compete exclusivamente al órgano jurisdiccional. **3.** Pretende que el juzgador se convenza de la exactitud, positiva o negativa, de las afirmaciones fácticas formuladas por las partes [13].

Los actos de prueba, para ser tales, exigen al decir de GIMENO SENDRA [14], de las siguientes características jurídicas esenciales:

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

---

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

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

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

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

4. PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA

A. Concepto

Sostiene TOMÉ GARCÍA, con toda razón, que la regla general de que la prueba en el proceso penal únicamente tiene lugar en el juicio oral, no comporta que haya de negarse eficacia probatoria a las diligencias realizadas en las fases de instrucción e intermedia, siempre que hayan sido practicadas conforme a las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos [15].

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

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

oral) o bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento. Estos dos cometidos concretos del aseguramiento de la prueba, apunta GIMENO SENDRA [16], definen los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida, que sin embargo –recuerda ALMAGRO NOSETE [17]– no alcanzan a cualquier acto de investigación, sino tan sólo respecto a los cuales se prevea la imposible reproducción en el juicio oral, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción.

Lo expuesto no hace sino concluir que la remisión exclusiva a las pruebas practicadas en el juicio supondría esterilizar el ordenamiento procesal y suministrar, en la práctica generalidad de los casos, una patente de impunidad a la acción delictiva, ignorando los derechos de la sociedad; de ahí que la jurisprudencia haya fijado progresivamente el campo propio de la prueba válida, suficiente y regularmente obtenida, capaz de enervar la presunción de inocencia [18].

Debemos entender por *prueba anticipada*, aquella practicada siempre con intervención del juez Penal o Tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión, esto es, cuando no sean reproducibles en el acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario [19]. *Prueba preconstituida* es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso penal –en la denominada fase preprocesal– cuanto en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción [20].

---

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

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

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

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

[20] HERNÁNDEZ GIL: "La prueba preconstituida", cit., p. 84.

B. Requisitos

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

B.1) La irrepetibilidad del hecho

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

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

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

B.3) La lectura de documentos

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

tes y, de otro, impedir que, a través del principio de examen de oficio de la prueba documental, pueda introducirse, en calidad de prueba, todos los actos de investigación que naturalmente quedan plasmados en las oportunas actas [21].

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

5. EL ATESTADO POLICIAL

A. Aspectos dogmáticos generales

Las diligencias de la Policía Judicial plasmadas en un Atestado Policial no pueden calificarse, en su conjunto, como meras denuncias y, por tanto, inadecuadas para enervar la presunción de inocencia al carecer de los requisitos de inmediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación, aunque en la actualidad tal declaración debe ser matizada en cuanto a los datos objetivos y verificables. Señala BURGOS LADRÓN DE GUEVARA [22], siguiendo la jurisprudencia española (recuérdese que la noción del Atestado Policial tiene como fuente la legislación hispana), que es de distinguir tres clases de actuaciones en el Atestado Policial: **1.** Declaraciones o manifestaciones de los imputados o testigos o identificación en rueda, que tienen el valor de mera denuncia. **2.** Dictámenes o informes emitidos por los labo-

[21] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 378.

[22] BURGOS LADRÓN DE GUEVARA: *Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, cit., p. 156.

ratorios científicos policiales, que ostentan la condición de prueba pericial, sobre todo si son ratificados en sede judicial. 3. Diligencias objetivas y no reproducibles en juicio oral, como pueden ser las diligencias de inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, etc., practicadas con las formalidades legales que son *verdaderas pruebas*.

En principio, como ya se dejó anotado, los Atestados Policiales no constituyen medios de prueba porque carecen de los requisitos de inmediación y contradicción que diferencia un acto de prueba de un mero acto de investigación, ni siquiera son diligencias sumariales en sentido estricto [23]. Al respecto, ORTELLS RAMOS ha precisado que el Atestado Policial, como tal, es un "objeto de prueba" y que las declaraciones que se vierten en él tampoco son medios de prueba, resultando necesario al efecto que, por ser declaraciones testificales, las presten en el juicio oral [24]. Así las cosas, ha puntualizado la Corte Suprema que: "El análisis serio de los actuados y documentos, Parte Policial y Atestado es fundamental y decisivo para establecer la real situación jurídica de los procesados, no siendo suficiente que el Tribunal se haya inclinado hacia el dicho de los acusados sin agotar el análisis de los elementos concurrentes y concomitantes, especialmente los actuados que se hubieran cumplido con asistencia del Ministerio Público" [25]. No obstante ello, debe quedar claro, como lo ha confirmado el Tribunal Constitucional español (STC Nº 51/1995, de 23 de febrero de 1995), que "...las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente

---

[23] Así, por ejemplo, ha expuesto la Corte Suprema que la mera incriminación de los agraviados hecha ante la Policía Nacional sin representante del Ministerio Público no es suficiente para condenar al acusado (Ejecutoria suprema de 15 de setiembre de 1997, La Libertad [ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, p. 382]). Asimismo, la Corte Suprema ha precisado que si para los efectos de demostrar la responsabilidad del acusado sólo existe en autos el atestado policial, resulta insuficiente para acreditar la responsabilidad de un acusado, puesto que el atestado constituye una denuncia para los fines de la apertura del proceso (Ejecutoria suprema de 31 de julio de 1997, Exp. Nº 2046-96, Lima, Gaceta Jurídica [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 175]).

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

[25] Ejecutoria suprema de 25 de junio de 1990, Exp. Nº 1221-87, Lima (*Normas Legales*, T. 298, setiembre, Trujillo, 1993, pp. 382-386).

ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios policiales mediante su testimonio en el acto del juicio oral" [26]. Es de aclarar que la exigencia de testimonio judicial, en el acto oral, se excepciona cuando el testigo ha fallecido, o se encuentra en el extranjero, no siendo factible lograr su comparecencia, o bien cuando se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación y localización [27].

En la misma lógica apuntada, Antonio RIVES SEVA considera que deben tener una consideración diferente, de prueba preconstituida, en primer lugar, los *informes técnicos de los laboratorios científicos policiales*, pues tienen un valor probatorio por sí mismos, siempre que hayan sido practicadas con las necesarias garantías; y, en segundo lugar, determinadas diligencias denominadas "*actos de constancia*" y los casos de *delitos cuasiflagrantes o testimoniales*. En cuanto a lo primero, se trata de todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, etc., se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa; pero para ello es necesario que existan razones de urgencia en la intervención policial, pues la Policía Judicial actúa en tales diligencias ["a prevención"] de la autoridad judicial. Respecto a lo segundo, se trata de aquellos delitos caracterizados por la presunción de credibilidad en cuanto a su existencia, al ser su característica la inseparable percepción directa de los policías de los hechos cometidos o acabados de cometer: la presunción de veracidad se convierte en evidencia cuando a la vez es aprehendido el cuerpo del delito [28].

Los actos de constatación realizados por la Policía, cuando actúa en función de Policía Judicial, tienen más trascendencia que similares actos realizados por el Juez y por el Tribunal; su importancia deriva del hecho de que se refieren a estados de cosas que, por su proximidad al delito, proporcionan datos especialmente reveladores sobre la existencia

---

[26] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: *Derechos fundamentales y garantías indivisibles en el proceso penal*, cit., p. 395.

[27] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: *Derechos fundamentales y garantías indivisibles en el proceso penal*, cit., p. 394.

[28] RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 41-42.

y naturaleza del hecho delictivo, y de que se trata, por otro lado, de estados de cosas efímeros, que la mayor parte de las veces, se alteran profundamente como consecuencia de la misma intervención policial y que, por eso, no pueden ser normalmente objeto de reconocimiento por parte del Juez Penal y, menos aún, por parte del Tribunal sentenciador [29].

Sin embargo, es de tener en cuenta, que dichos actos no constituyen prueba documental, ni tampoco pueden, al no ser diligencias sumariales, acceder al juicio mediante la lectura prevista por los arts. 262º del Código de 1940 y 283º del Código de 1991, basándose en que se refieren a actuaciones irreproducibles en el juicio oral. Para que dichos actos puedan ser tenidos en cuenta, han de entrar en el proceso en virtud de actos propiamente procesales, aplicándose entonces las reglas que disciplinan la eficacia probatoria de estos últimos, esto es, mediante declaraciones testificales de los agentes que los realizaron, en virtud de los cuales ratifican, en presencia judicial, sus percepciones sobre estados de cosas coetáneos o inmediatamente posteriores a la comisión del delito documentadas en el Atestado [30].

B. Legislación nacional

El Código de 1991, en la concordancia de sus arts. 111º-113º, implícitamente volvió al texto originario del art. 62º del Código de 1940 y, en armonía con el derecho comparado, calificó el atestado como un documento con un valor de mera denuncia (el Proyecto de Código de 1995 es explícito al respecto, art. 118º *in fine*), situación que, en todo caso, ha sido matizada por la jurisprudencia de los países europeos de nuestro entorno cultural. La jurisprudencia nacional de ese entonces señalaba que "...el atestado policial sólo tiene la calidad de denuncia, por lo tanto lo actuado en dicha pieza no puede tener legalmente valor probatorio" [31].

La legislación nacional dio dos vuelcos importantes sobre la materia. En un *primer momento*, con la entrada en vigor del Decreto Legislativo Nº 126, de 12 de junio de 1981, se señaló que la investigación policial

---

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

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

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

previa que se hubiera llevado a cabo con la intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio (art. 62º). Sobre esa base, el Alto Tribunal precisó que para "que las manifestaciones policiales constituyan elementos probatorios es necesario que sean presentados con la presencia del Ministerio Público, pudiendo estar presente el abogado defensor del denunciado. Las declaraciones policiales autoinculpatorias sin ese requisito y desmentidas judiciales, sin elementos de probanza alguna, no justifica una condena" [32]. En un *segundo momento,* la Ley Nº 24388, de 3 de diciembre de 1985, prescribió que las diligencias actuadas en la etapa policial (*sic*) con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento (art. 72º).

Las normas modificatorias citadas no se refieren únicamente a las diligencias de constatación que permitan la posibilidad de control fiscal e intervención de la defensa (el Ministerio Público con la nueva Constitución se convierte en director jurídico funcional de la actividad policial de averiguación de los delitos, pero no en notario de sus actos). Además, otorgan fuerza probatoria autónoma, como si fuera un acto procesal y no ["a prevención"] y, además, preconstituido e irreproducible, negando las ideas fuerza de urgencia, de constatación y de irrepetibilidad, a las declaraciones de los implicados, agraviados o denunciantes y testigos en general (pruebas personales) [33]. Por otro lado, al amparo de la modificación del art. 61º dispuesta por el Decreto Ley Nº 21895, de 3 de agosto de 1977, se impide la necesidad de convocar al instructor del Atestado Policial para que declare testimonialmente en sede judicial.

---

[32] Ejecutoria suprema de 13 de agosto de 1985 (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 242). Otra decisión del Supremo Tribunal insistió en que la declaración policial carece de mérito probatorio alguno, al haberse realizado sin presencia del Fiscal, esto es, sin ninguna garantía legal que dé verosimilitud a la misma (Ejecutoria suprema de 1º de junio de 1999, Exp. Nº 1524-99, Callao [CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 322-323]).

[33] En este sentido el alto Tribunal expresó que: "...La sindicación del agraviado, realizada en sede policial, no configura una mínima actividad probatoria de la que pueda deducirse racionalmente la responsabilidad penal del encausado y menos es suficiente [requisito formal] para destruir la presunción de inocencia" (Ejecutoria suprema de 13 de octubre de 1999, Exp. Nº 2918-99, La Libertad [CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., p. 328]). Esta misma tesitura ha sido reiterada en la Ejecutoria suprema de 31 de mayo de 2001, Exp. Nº 4468-2000, Lima (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 8, Trujillo, octubre, 2001, pp. 145-148).

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

Al respecto, la Corte Suprema en una ocasión precisó que la confesión policial es aceptable siempre que en su desarrollo participen los abogados y el Fiscal Provincial [34]. En otra decisión fue igualmente concluyente al sostener: "...no obstante haber aceptado el imputado los cargos policialmente, dicha declaración sólo es referencial por no haber contado con la presencia del Fiscal Provincial y abogado defensor [35]. Finalmente, en una Ejecutoria suprema de 11 de junio de 1990, el máximo Tribunal sentó la siguiente doctrina jurisprudencial: "...la presencia del Fiscal Provincial no garantiza los momentos anteriores a la manifestación en los que pueden ejercitarse actos coaccionantes, más aún si no se contó con la presencia de un defensor, por lo que la manifestación policial no constituye prueba" [36].

El citado art. 72º *in fine* del Código de 1940, obviamente, no comprende las diligencias de constatación de urgencia ni los informes técnicos o periciales del Laboratorio de Criminalística o del Instituto de Medicina Legal. La Corte Superior de Lima no califica de diligencias de constatación de urgencia a la inspección técnico policial en los delitos de usurpación, por lo que si a ellas no concurre el Ministerio Público no constituye prueba [37].

En ambos casos, esto es, en las diligencias de constatación y en los informes técnicos, para cumplir con los principios del contradictorio y de la inmediación, deberá citarse a los peritos-policías y a los médicos legistas

---

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

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

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

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

para el examen pericial respectivo, así como a los policías que dirigieron o intervinieron en la diligencia de constatación. Es de recordar en este último punto que el art. 267º hace mención a la posible lectura de la prueba instrumental, que el art. 252º únicamente comprende a los testigos que han declarado en la etapa de instrucción y que el art. 280º prescribe que el juez sentenciador apreciará "...los testimonios, peritajes y *actuaciones de la instrucción*", es decir, deja al margen a las diligencias policiales, por lo que resulta forzoso para valorarlas y cumplir con el contradictorio que los policías que las dirigieron declaren en el acto oral. En todo caso, como ha señalado el Alto Tribunal "La idoneidad probatoria del atestado policial se aprecia en la etapa de juzgamiento. Las impugnaciones contra el atestado policial no dan lugar a incidencia alguna, pues la valoración de hechos y pruebas se efectúa oportunamente" (38).

En este último punto, nuestro Supremo Tribunal no ha sido especialmente creativo en defensa de los fueros judiciales. Con la legislación primigenia, que calificaba el Atestado Policial como mera denuncia, introdujo sin embargo un matiz muy parecido a lo apuntado líneas arriba. En efecto, en la Ejecutoria de fecha 3 de enero de 1972, precisó que "...si bien los atestados son instrumentos en que la autoridad policial instruye como preliminares de un sumario, determinadas averiguaciones relacionadas a alguna imputación delictuosa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 62º del CPP sólo se consideran denuncias para los efectos legales; dicha disposición se refiere al cuerpo mismo del atestado, mas no a los elementos de prueba y efectos de que la policía se hubiese incautado" (39).

III. OBJETO DE LA PRUEBA

Se entiende por objeto de la prueba los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación (40). Es aquello susceptible de ser probado; *aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba* (41).

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

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

(40) FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. I, p. 98.

(41) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 22.

El objeto de la prueba puede analizarse en abstracto y en concreto. *En abstracto*, el objeto comprende la determinación de las cosas que pueden probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal, de la aptitud procesal de prueba. *En concreto*, el objeto comprende la determinación de los requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular [42].

1. OBJETO DE LA PRUEBA EN ABSTRACTO

Señala CAFFERATA NORES que la prueba puede recaer sobre hechos naturales o humanos, físicos o psíquicos, así como también sobre la existencia y cualidades de personas, cosas y lugares [43].

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

Se entiende por *máximas de la experiencia*, los principios o juicios generales derivados de la observación de la ocurrencia de los fenómenos que pueden ser de conocimiento común o limitado a quienes profesan una determinada ciencia o arte [44]. No se prueban, al decir de DEVIS ECHANDÍA, porque son medios de indagación de hechos, son entidades abstractas y no hechos, son medio de explicación de hechos y su enunciado no necesita demostración probatoria sin perjuicio de que se necesite dictamen pericial si su conocimiento es limitado a especialistas [45]. Dentro de estos principios, sin duda, están comprendidas las leyes naturales, científicas, artísticas, sociales, etc.

La norma jurídica vigente, al deber ser conocidas por jueces y fiscales, así como por abogados, obviamente no se prueba. Se trata, apunta MIXÁN MASS, de un deber jurídico inexcusable [46]. Tampoco se prueba lo

---

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

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

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

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

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

que es objeto de cosa juzgada, en vista que no es posible reabrir actividad probatoria sobre unos hechos que ya han sido objeto de una decisión judicial firme, lo que constituye una garantía procesal específica, contemplada en el art. 14º.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta exclusión de la prueba de determinados hechos se sustenta en razones de seguridad jurídica.

Lo imposible es aquello que puede resultar de la inexistencia de lo que se propone como tema o como medio de prueba o que siendo admisible según la creencia o la intuición no es posible su demostración o se trata de probar algo que es contrario a una ley natural o una regla de experiencia. El hecho imposible es, en fin, el hecho que no puede tener concreción en la realidad por ser contrario a las leyes naturales o no puede establecerse en el mundo de los fenómenos. MIXÁN MASS propone como ejemplo de esta imposibilidad: ordenar la testimonial de una persona ya fallecida, pretender demostrar que el imputado ha cometido el delito por instigación del diablo, o que el delincuente usa su poder mental para secar momentáneamente el río Amazonas, pasar a la otra ribera donde perpetró el delito y luego retornar a la rivera de origen, etc. [47].

Finalmente, lo notorio significa lo evidente e incontrovertible; la sola percepción del hecho en sí lo revela como cierto o indiscutible. Se trata de hechos que pertenecen al patrimonio común del ciudadano. MANZINI precisa que los hechos notorios no necesitan prueba, puesto que sólo constituyen objeto de prueba los hechos que puedan dar lugar a duda, o sea que exijan una comprobación; al respecto pone como ejemplo dos supuestos contundentes: si un hombre se mueve, habla, etc., no hacen falta pruebas para demostrar que está vivo; si se encuentra un cuerpo humano putrefacto, ni un filósofo siquiera podría poner en duda que se trate de un cadáver [48].

2. OBJETO DE LA PRUEBA EN CONCRETO

En un proceso penal determinado deberán probarse, aun cuando no exista controversia al respecto, la existencia del hecho delictivo mis-

[47] MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pp. 188-189.

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

mo, las circunstancias y móviles de su comisión, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado (arts. 72º del Código de 1940 y 91º del Código de 1991).

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

3. LIBERTAD DEL OBJETO DE PRUEBA

En atención a la propia naturaleza del proceso penal cuyo norte es la búsqueda de la verdad efectiva e histórica, el criterio orientador es la libertad acerca del objeto de prueba. En principio, todo hecho penalmente relevante se puede probar y por cualquier medio. Sin embargo, como destaca Eugenio FLORIÁN, se presentan algunas limitaciones de índole formal, enunciadas en la ley, que excluyen expresamente ciertos hechos del campo de la prueba y les niega en forma absoluta o relativa la aptitud para ser probados procesalmente [49].

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

CAFFERATA NORES apunta dos excepciones necesarias a la libertad probatoria. La primera se refiere a la regla de la pertinencia: la prueba no podrá recaer sobre hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso, de modo directo o indirecto. La segunda se refiere a lo que se denomina *prohibiciones especiales*, que se refieren a ciertos temas vedados por expresa disposición legal, constituyendo un ejemplo la prohibición de prueba de la verdad de la difamación en los supuestos excluidos del art. 134º del Código Penal [50].

Una prohibición que fluye del art. 79º del Código Penal se refiere a la sentencia civil que ha declarado lícito el hecho imputado como deli-

---

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

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

to. No se trata, en este caso, de que se traslade al campo penal las pruebas recogidas en el campo civil, sino lo que vale, apunta Eugenio FLORIÁN, es ciertamente la sentencia que ha apreciado esas pruebas y que conforme a ellas ha juzgado sobre un punto decisivo para la existencia del delito [51].

IV. ELEMENTO, ÓRGANO, FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

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

1. ELEMENTO DE PRUEBA

Se define como *elemento de prueba*, siguiendo a Alfredo VÉLEZ MARICONDE, todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva [52]. MANZINI, a su vez, expone que *elemento de prueba* es el hecho y circunstancias en que se funda la convicción del juez [53].

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

A. Objetividad

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

B. Legalidad

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

---

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

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

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

C. Relevancia

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

D. Pertinencia

Debe existir una relación entre los extremos objetivo y subjetivo de la imputación, así como con el hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (arts. 191º del Código de 1991 y 45º y 46º del Código Penal). CLARIÁ OLMEDO dice al respecto que la *pertinencia* indica referencia del elemento probatorio al hecho que en el proceso debe probarse para determinar la responsabilidad; exige vinculación o ligamen entre uno y otro en cualquier grado, siendo impertinente la prueba cuando el dicho, el dictamen, el documento o la cosa que se pretende introducir, es totalmente ajeno al hecho incriminado [54].

2. ÓRGANO DE PRUEBA

FLORIÁN define al *órgano de prueba* como la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de la prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales [55]. Su función, enfatiza GARCÍA VALENCIA, es trasmitir al juez el conocimiento sobre el objeto de la prueba [56].

Entre ellos debemos mencionar al testigo y al perito. La información que aportan al proceso, el elemento probatorio, se realiza a través

---

[54] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1966, T. V, p. 27.

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

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

de un medio probatorio; con el testigo se practica el testimonio mientras que el perito rinde el dictamen o informe pericial.

3. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

A. Concepto

Se debe a CARNELUTTI el mérito de haber distinguido entre fuente y medio de prueba, a menudo tan confundidos en la legislación y doctrina procesalista. Señaló dicho autor que *medio de prueba* es la actividad del Juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y *fuente de prueba* al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad [57]. Siguiendo ese camino, SENTÍS MELENDO tiene expuesto que esta distinción es indispensable para el estudio completo de la prueba; que las *fuentes* son los elementos que existen en la realidad, y los *medios* están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso; que, por tanto, *fuente de prueba* es un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que *medio de prueba* es un concepto jurídico y absolutamente procesal; que la *fuente* existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas, mientras que el medio nacerá y se formará en el proceso; que buscamos las *fuentes* y cuando las tenemos proponemos los *medios* para incorporarlas al proceso; que la *fuente* es lo sustancial y material, mientras que el *medio* es lo adjetivo y formal [58].

Dicho lo anterior, cuya importancia más saltante se manifiesta hoy en día en el tema de la ilegitimidad en la obtención de las fuentes de pruebas, base de la prueba prohibida y de su inutilización, y, por otro lado, en las nulidades procesales, en especial de las anulaciones de procesos por incompetencia material, conviene precisar, entrando en lo propiamente procesal, que se entiende por *medio de prueba*, con fines estrictamente descriptivos, el procedimiento destinado a poner el objeto de prueba –en rigor, el elemento de prueba– al alcance del juzgador. Se trata de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficacia para el descubrimiento de la verdad, y constituyen un nexo de

---

[57] CARNELUTTI: *La prueba civil*, cit., pp. 70-71.

[58] SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1979, pp. 151-156.

unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre ese objeto [59].

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

B. Limitación a la utilización de medios

El proceso penal está sometido a la máxima de la libertad probatoria, en la medida en que persigue alcanzar la verdad real o forense. En tal virtud, todo se puede probar por cualquier medio de prueba. Pero la libertad de los medios no implica libertad del procedimiento, porque se convertiría en arbitrariedad judicial con menoscabo de las garantías de las partes [60].

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

Por otro lado, la ley reconoce excepciones a la libertad de medios probatorios. Así tenemos: **1.** No se admiten medios de prueba que vulneren la Constitución e incompatibles con el sistema procesal implantado por el Código (v. gr.: juramento decisorio), así como los no reconocidos por la ciencia o que puedan afectar la integridad física o psíquica de las personas (v. gr.: adivinación, sueros de la verdad, etc.). **2.** La ley puede exigir determinados medios de prueba para acreditar un hecho (v. gr.: pericia para determinar la anomalía psíquica del imputado). **3.**

---

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

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

Según opinión mayoritaria, aun cuando esta posición no puede ser sobrevalorada, al decir de Julio MAIER, no rigen todas las limitaciones probatorias del Derecho privado, ello en vista de las diferencias ínsitas en ambas ramas del derecho [61].

C. Comunidad de la prueba

La regla de la comunidad de la prueba surge como consecuencia del principio de adquisición procesal. CLARIÁ OLMEDO señala que como consecuencia de esta regla, cada una de las partes puede utilizar, en beneficio del interés que pretende hacer prevalecer en el proceso, los medios de prueba ofrecidos y los elementos introducidos por la actividad de la otra [62].

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

V. ACTIVIDAD PROBATORIA

1. CONCEPTO

Se llama *actividad probatoria*, en tanto se la entienda como el núcleo del procedimiento para la Administración de Justicia [63], al esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba [64].

Corresponde al Fiscal un papel preponderante, de mayor fuerza, en la actividad probatoria, en tanto órgano público encargado de la acusación e informado por los principios de legalidad e imparcialidad, sin que a ello obste por cierto la decisiva intervención de las partes acusadas en orden a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, quienes procurarán introducir todos aquellos elementos probatorios favorables a sus pretensiones. Es el Fiscal quien fija los hechos que, en un

---

[61] MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. I-b, pp. 587-588.

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

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

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

primer momento, dan lugar al procesamiento de una persona determinada y, luego, definen el marco del juicio oral a través de la acusación, a partir de la cual, en relación con la posición asumida por las partes acusadas, puede el órgano jurisdiccional repeler aquellos medios de prueba impertinentes o inútiles, así como superabundantes o excesivos.

Por otro lado, si bien en materia de práctica de pruebas su obtención se hace respetando la libertad de actuación y exposición de los órganos de prueba, es del todo posible su *actuación coactiva*, de suerte que la ley impone el deber de colaboración con la justicia y autorice al juez a la conducción coactiva del propio imputado y de los testigos y peritos, la exhibición forzosa de cosas en general y la realización de medidas instrumentales restrictivas de derechos, tales como intervenciones corporales, incautaciones, levantamiento del secreto bancario, allanamientos, etc. (65).

2. CARGA DE LA PRUEBA

La institución de la carga de la prueba, modernamente entendida, tiene como fundamento común al proceso civil y penal, en primer lugar, la prohibición del *non liquet* o absolución de la instancia, esto es, que el juzgador debe resolver el fondo del asunto o controversia sometida a su conocimiento; y, en segundo lugar, que actúa como regla del juicio dirigida al Juez que determina el contenido de fondo de la sentencia en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba (66).

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

En cuanto al proceso penal, apunta GIMENO SENDRA, no existe carga de la prueba en sentido subjetivo o formal, desde que rige el principio

(65) GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 79.

(66) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 83.

de investigación oficial y no el dispositivo, así como porque el Fiscal –en cuanto órgano imparcial que actúa según el principio de legalidad– está obligado a pedir no sólo la condena del culpable sino la absolución del inocente; además, por imperio del principio de presunción de inocencia se produce, en primer lugar, una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba sobre las partes acusadoras; y, en segundo lugar, la actividad probatoria de las partes acusadoras –en nuestro sistema, del Fiscal– ha de ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, sustentada en verdaderos actos de prueba [67].

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

La institución de la carga de la prueba, como invoca RIVES SEVA, traslada a la acusación acreditar los hechos constitutivos de la pretensión penal (elementos descriptivos y normativos del delito, la participación criminal del reo y la presencia de circunstancias de agravación) e impide que, por tanto, se pueda exigir a las partes acusadas una *probatio diabolica* de los hechos negativos. Asimismo, prescribe que una vez probados los hechos constitutivos, si la defensa invoca hechos impeditivos que excluyan sus efectos punitivos (eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro extremo excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos) le corresponde a ella probarlos [68].

Bajo esta concepción, la Corte Suprema ha declarado que la prueba de cargo debe ser aportada por el Ministerio Público. En un caso censuró al Tribunal de instancia, porque "...pese a que se señala que la falta de prueba de cargo no ha sido superada, se funda el fallo condenatorio en que los hechos no han sido debidamente esclarecidos por el acusado,

---

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

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

invirtiéndose la carga de la prueba y atentándose de esta manera contra la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso judicial" [69].

3. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

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

A. Proposición

Las solicitudes probatorias son los pedidos de actuación de la práctica de prueba que las partes proponen al tribunal, en cuanto las consideren necesarias para la demostración de los hechos que a las mismas interese [70].

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

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

B. Admisión

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

---

[69] Ejecutoria suprema de 5 de mayo de 1977, Exp. Nº 3438-95, Cusco (ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 636).

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

Es de precisar que el medio de prueba propuesto: **1.** Será *pertinente,* cuando tenga una relación, directa o indirecta, con el hecho objeto del proceso penal; **2.** Será *conducente,* cuando el medio de prueba lleve hacia lo que se quiere obtener, que la información o dato objetivo que aporte guíe a un objetivo concreto; **3.** Será *legítimo* o idóneo, cuando reúna condiciones, intrínsecas y extrínsecas, para que se adecuen a la exigencia de la validez de la actividad probatoria; **4.** Será *útil* o relevante, cuando contribuye a conocer el objeto de la prueba, a descubrir la verdad y alcanzar probabilidad o certeza, o como apunta LEONE, a la posibilidad de concurrir, incluso mediata e indirectamente, a la comprobación en curso [71] y, **5.** Será *superabundante,* cuando sobre el dato que pretende aportar información existe ya una sólida cantidad de elementos probatorios.

En los casos arriba enunciados, de prueba impertinente, inconducente, ilegítima, inútil o superabundante, su rechazo –como es obvio– se produce mediante auto debidamente fundamentado, es decir, con la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión (arts. 121º, segundo párrafo, y 122º del Código Procesal Civil).

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

MONTERO AROCA [72] sostiene que nada se opone a que el juzgador introduzca pruebas de oficio, al punto que ni siquiera lo hace el ordenamiento procesal civil donde rige el principio de aportación de parte; señala que en dicho ordenamiento el citado principio (que supone que sobre las partes recae la carga tanto de pedir que en el proceso se reciba la prueba, cuanto de proponer los medios concretos de prueba que se practicarán) no se opone a que la facultad de dirección material relativa

---

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

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

a la iniciativa para probar y para determinar los medios concretos de prueba que deben practicarse, se atribuya también al juez. Alberto BOVINO [73], por su parte, rechaza la prueba de oficio porque lesiona el principio acusatorio y vulnera la función imparcial del juez, a quien sólo incumbe decidir y no impulsar el procedimiento.

C. Recepción

El momento de la recepción de la prueba se produce inevitablemente en el acto oral. El Código de 1991 contiene un supuesto de prueba urgente o anticipada que se realiza en la fase intermedia (arts. 266º-267º). Es de precisar que el Código de 1991 permite una excepción a la regla general de que exista actividad probatoria en el acto oral, que es el caso del instituto de la conformidad (art. 280º). Por *recepción* se entiende cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que resulte de su realización [74].

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

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

Los Códigos de 1940 y 1991 no contienen norma expresa que habilite al tribunal disponer la actuación de prueba de oficio. Los tribunales nacionales, sin embargo, sobre la base del principio de *investigación judi-*

---

[73] BOVINO, Alberto: "El debate", en: MAIER, Julio B. J. (Comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 181.

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

cial autónoma, sustentado en el interés público que existe en la justa actuación de la ley penal, actúan pruebas de oficio de modo regular. Esta actitud es, a nuestro juicio, absolutamente cuestionable por cuanto la investigación autónoma es propia de la fase de instrucción pero no del acto oral y, además, porque la ley no habilita tal poder al órgano jurisdiccional, el cual recién se ha incorporado en el Proyecto de 1995 siguiendo el modelo italiano (art. 339º).

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

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Doctrinalmente, los medios de prueba son materia de clasificación atendiendo diferentes factores [75]. Es de considerar, sin embargo, el criterio de clasificación utilizado por Eugenio FLORIÁN. Dicho autor considera que para agrupar los diferentes medios de prueba conviene tener en cuenta el modo con arreglo al cual el juez aprehende el objeto de prueba, esto es, en virtud de percepciones propias suyas o en virtud de informes suministrados por otros [76].

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

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

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

personas, de cosas y de lugares; y, *d)* observación directa de los hechos: confrontación o careo y reconstrucción.

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

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

VII. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Capítulo IV de la Ley Nº 27378, de 21 de diciembre de 2000, instituyó las denominadas "*medidas de protección*" [77], circunscritas al procedimiento por colaboración eficaz para un conjunto de supuestos delictivos especialmente graves, mayormente cuando se cometen con pluralidad de personas y en el ámbito de organizaciones delictivas (*vid.* art. 1º). Los supuestos de la Ley son:

1) Delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos.

2) Delitos de peligro común (arts. 279º, 279º-A y 279º-B CP), delitos contra la Administración Pública (Capítulo II del Título XVIII del Libro

[77] Recomendadas por Naciones Unidas. Así Resolución del Consejo de Seguridad 827/1993, de 25 de mayo; Informe del Secretario General de las Naciones Unidas S/25704 y Add. 1 (art. 21 c), dedicadas a la ex Yugoslavia. También admitidas por el TEDH en su Resolución Nº 827/1993. Existen tratados de derecho internacional penal que aceptan la protección de los órganos de prueba.

II CP), y delitos agravados (Decreto Legislativo Nº 896). En estos delitos deben haberse cometido por una pluralidad de personas o, al menos, que el agente integre una organización criminal.

3) Delitos contra la Humanidad (Capítulos I, II y III del Título XV-A del Libro II CP), delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (Capítulos I y II del Título XV del Libro II CP).

Las normas del referido Capítulo IV se han extendido a los procesos por los delitos establecidos en el art. 11º del Decreto Legislativo Nº 922, de 12 de febrero de 2003. Se trata de los: **a)** delitos de terrorismo, previstos en el Decreto Ley Nº 25475, de 6 de mayo de 1992; **b)** delitos de apología terrorista (art. 316º *in fine* CP, modificado por el Decreto Legislativo Nº 924, de 20 de febrero de 2003); **c)** delitos de lavados de activos (Ley Nº 27765, de 27 de junio de 2002), si el agente conoce o puede presumir que el dinero, bienes, efectos o ganancias procede de la comisión de un delito de terrorismo, o si el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización terrorista; y, **d)** delitos conexos.

De igual manera, el procedimiento por colaboración eficaz se extendió a los delitos de terrorismo y conexos, a los delitos de apología terrorista y a los delitos de lavado de dinero en supuestos de terrorismo, así como a todos los que han cometido otros delitos pero que puedan brindar información eficaz sobre los delitos antes indicados (arts. 1º y 2º del Decreto Legislativo Nº 925, de 20 de febrero de 2003). En consecuencia, también les resulta de aplicación el Capítulo IV de la Ley Nº 27378.

Por otro lado, otras leyes anteriores también habían previsto la imposición de medidas de protección. Se trata de la legislación sobre tráfico de drogas (Sección II –Delitos de tráfico ilícito de drogas– del Capítulo III –Delitos contra la salud pública– del Título XII –Delitos contra la seguridad pública– del Libro II del CP), en el marco de un procedimiento por colaboración eficaz (art. 20º del Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996, y arts. 34º al 36º del Decreto Supremo Nº 008-98-JUS, de 15 de octubre de 1998); y, de la legislación sobre delitos agravados –Decreto Legislativo Nº 896, de 24 de mayo de 1998, modificados por la Ley Nº 27472, de 5 de junio de 2001–, en el marco del Decreto Legislativo Nº 902, de 1 de junio de 1998 (arts. 23º al 25º): se trata de los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación sexual de menor de catorce años de edad, violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión

grave, robo, robo agravado y extorsión (*vid.* arts.108º, 152º, 173º, 173º-A –estos dos últimos delitos de violación sexual fueron modificados por la Ley Nº 27507, de 13 de julio de 2001–, 188º, 189º y 200º CP).

2. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Como se sabe, el proceso penal no puede funcionar sin una concreta actividad probatoria. Corresponde al Fiscal aportar, en esencia, la prueba de cargo, con la activa colaboración de la Policía, y frente a ella se reconoce al imputado el derecho a controvertir esa prueba y a realizar una actividad probatoria de descargo, en condiciones de igualdad procesal.

Ahora bien, las transgresiones perpetradas durante la obtención de las fuentes de prueba o ante una actuación de un medio de prueba, tradicionalmente, son sancionadas a través de las nulidades procesales, de la regla de exclusión o sanción de inutilización. Por otro lado, para evitar que las fuentes de prueba sean manipuladas o influidas, la ley estipula un conjunto de mecanismos de protección, tanto sobre los objetos, documentos o bienes –a través de la incautación o secuestro conservativos–, cuanto sobre las pruebas personales: imputados, testigos, peritos y sus allegados, para lo cual instituye lo que se denominan "*medidas de seguridad*", con mayor énfasis para los terceros, esto es, para los testigos y peritos, que son ajenos a los hechos y a quienes se impone el deber jurídico de comparecer y de rendir una declaración de conocimiento sobre los hechos objeto del proceso [78].

La protección de testigos –el *colaborador* puede ser considerado testigo aun cuando también es un coimputado– y de peritos, desde el proceso, importa, de un lado, la necesidad de garantizar su integridad o incolumidad y, de otro lado, superar los problemas de la persecución penal e impunidad de presuntos delincuentes en delitos graves y, en alguna medida, de integrantes de redes criminales.

Las medidas de seguridad, no importan limitación de derechos individuales al imputado, de ahí que no puedan considerarse medidas

---

[78] Cfr., MORENO CATENA, Víctor: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique (editores): *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 137-137.

provisionales con función aseguratoria de la prueba; el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*, no son aplicables a las medidas de seguridad. Constituyen más bien prestaciones que el Estado realiza a sujetos vulnerables en sede procesal, en función al peligro que se cierne contra la integridad del testigo o perito; su objeto es evitar atentados en su contra, y garantizarles seguridad y tranquilidad, a fin de que puedan cumplir con sus deberes procesales o con los compromisos a los que voluntariamente se sometió. En última instancia, es justo reconocerlo, las medidas de protección no confieren un derecho subjetivo al anonimato del informante (modalidad de medida de seguridad) o a la protección a favor de testigos y peritos, sino apuntan a "la consecución del interés público de control y erradicación de la criminalidad" [79].

3. PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Dice el art. 21º de la Ley Nº 27378, que la imposición de una medida de protección procede cuando se *aprecie racionalmente un peligro grave* para la persona (integridad física o personal), libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos; y, en aplicación del principio de proporcionalidad, prevé el art. 22º de la citada Ley, la medida a aplicar estará en función al grado de riesgo o peligro para la integridad y protección del beneficiado.

El art. 5º del Reglamento de este Capítulo, Decreto Supremo Nº 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001, fija las circunstancias que para el juicio de peligro debe tomarse en consideración: 1) tipo y características de la información brindada; 2) actos de represalia o intimidación que pueda esperarse que se produzcan; y, 3) vulnerabilidad de las personas afectadas.

Señala al respecto FUENTES SORIANO que estas circunstancias reconocen una gran discrecionalidad para su apreciación racional, cuya imposición es posible en tanto se entienda que existe un *peligro grave*, que es la consecuencia de una ponderación previa de los bienes jurídicos protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto –básicamente dere-

---

[79] MORENO CATENA: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", cit., p. 140.

cho de defensa– y de las circunstancias concurrentes de los afectados en relación con el proceso [80].

4. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

1. Los *sujetos amparados* por las medidas son los colaboradores, testigos, peritos o víctimas, así como –dice el último extremo del primer párrafo del artículo 21º de la Ley Nº 27378– su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos.

Es de precisar que el *colaborador*, es siempre, un coimputado, en la medida que da información eficaz sobre delitos que conoce y que –en la mayoría de los casos– ha intervenido activamente, cuya declaración en tanto ha sido co-partícipe de los hechos, denominada en algunos sectores como "testimonio impropio" –con las prevenciones del caso– no necesariamente puede desdeñarse o considerarse falaz. La única excepción la brinda la legislación sobre terrorismo, en que el colaborador puede ser un delincuente *extraneus* a la organización terrorista, que por diversas circunstancias se entera de lo que sucede alrededor de aquélla o de actos concretos, a partir de lo cual procura obtener un beneficio premial.

2. Los *tipos de medidas* de protección están dirigidos a preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo (*vid.* art. 22º, Ley Nº 27378). Se trata de medidas específicas y medidas adicionales (*vid.* art. 9º, Reglamento).

Las *medidas específicas* son cinco: **1)** *Protección policial*, que se entiende a la persona, al cambio de residencia y a la ocultación de su paradero. **2)** *Reserva de su identidad* y demás datos personas en las diligencias procesales, pudiendo utilizar al efecto un número o una clave. **3)** *Utilización de cualquier procedimiento* que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias en que se practiquen. **4)** *Fijación de domicilio procesal* en la sede de la Fiscalía. **5)** Para los funcionarios del Poder y del Ministerio Público, la *protección de sus derechos laborales*. El Reglamento incorpora otras tres medidas de seguridad específicas: **6)** *Utilización de procedimientos mecánicos o tecnológicos*, tales como videoconferencias u otros medios

---

[80] FUENTES SORIANO, Olga: "La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Madrid, 1996, pp. 146-147.

adecuados, tendentes a evitar que se ponga en peligro su identidad una vez de velada su identidad; 7) Facilitación *de nuevos documentos de identidad* y, de ser el caso, de medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo, para lo cual se requieren "*...circunstancias excepcionales y de especial gravedad*" (si se trata del Fiscal Provincial, se requiere aprobación del Fiscal Superior Coordinador y consulta al Fiscal de la Nación, art. 9º. f, Reglamento); y, 8) *Ubicación del colaborador interno en un ambiente* idóneo que garantice su seguridad e integridad física.

Las *medidas adicionales* están previstas en el art. 23º de la Ley Nº 27378. Comprenden: **a)** la *prohibición –y consecuente evitación– de que se tomen fotografías o imágenes* de los protegidos, a fin de evitar su identificación; b) el traslado en vehículos oficiales para las diligencias judiciales; y, c) un *ambiente reservado* en las dependencias judiciales para el uso excluso de los protegidos, convenientemente custodiado.

3. Cuando la causa aún no está judicializada, el encargado de dictarlas es el Fiscal, titular actual de la investigación preliminar y del procedimiento de colaboración eficaz en su etapa de corroboración. Cuando la causa está abierta, en sede judicial, corresponde al Juez dictarlas, modificarlas y hacerlas cesar, en su caso (*vid.* art. 23º, Ley; y, art. 6º, Reglamento).

Las medidas de protección se adoptan de oficio o a solicitud del interesado. Al finalizar el proceso de colaboración eficaz y, en su caso, el proceso que dio lugar las informes del colaborador, corresponde al Fiscal –no al Juez– mantener o hacer cesar las medidas de protección, aun cuando hayan sido dictadas por el Juez (*vid.* art. 8º Reglamento).

4. Un principio rector de las medidas de protección es su *variabilidad.* Atendiendo al principio de proporcionalidad pueden modificarse cuando correspondan a las circunstancias del momento. Una atribución excepcional ha sido reconocida a favor del Tribunal Superior –en cuanto órgano del enjuiciamiento– por el art. 24º de la Ley, que prevé la necesidad de decidir, en *primer lugar*, si las mantiene, modifica o suprime, todas o algunas, o si dicta otras nuevas; y, en *segundo lugar*, a solicitud de parte, si levanta la reserva de identidad de los protegidos de cara al juicio oral, en tanto su aporte sea pertinente, levantamiento que sólo se refiere a la facilitación del nombre y los apellidos de los protegidos, "...respetando las restantes garantías previstas en este Capítulo".

El art. 10º del Reglamento estatuye que, durante la etapa intermedia o al inicio del enjuiciamiento, previa solicitud motivada de las par-

tes, la revocación de la reserva de identidad tiene por objeto: 1) Que el protegido pueda ser interrogado o que su declaración se someta a contradicción; 2) Que puedan interponer tachas contra los protegidos, dentro de tercero día de notificadas; y, 3) Que puedan ofrecer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia capaz de influir en el valor probatorio de la información proporcionada por el protegido, luego de conocer su identidad.

5. El conjunto de medidas de protección permite entender que algunas de ellas no afectan el desarrollo del proceso, de carácter básicamente extra-procesal, y otras, en cambio, tienen entidad suficiente para lesionar el derecho de defensa del imputado. Entre estas últimas se encuentra, sin duda alguna, la reserva de identidad del colaborador, víctima, testigo o perito. Desde luego, es posible tolerar que se mantenga en secreto la identidad del colaborador durante la etapa de investigación –lo que implicaría no realizar algunas diligencias de instrucción: confrontación, reconstrucción–, pero nunca durante el enjuiciamiento (el presupuesto, obviamente, es que el proceso, para ser constitucional, en su momento declarativo, requiere ineludiblemente de un juicio oral, público y contradictorio), y que una actividad probatoria que respete el principio de contradicción y el de igualdad de armas, debe permitir que un órgano de prueba deba ser conocido por la defensa, a fin de determinar su grado de credibilidad (permitiéndole ofrecer prueba que refute su atendibilidad), y ser pasible de interrogatorio por todas las partes, incluida la defensa.

Si bien es imposible mantener oculto a un colaborador durante la etapa intermedia y el enjuiciamiento, pues lo contrario significaría lesionar gravemente el derecho de defensa constitucionalmente garantizado, la propia Ley permite medidas alternativas de protección adicional, como sería: 1) el uso de la videoconferencia; y, 2) la modalidad del testigo oculto –no secreto– [81] y, para el proceso por terrorismo, siguien-

[81] Como recuerda FUENTES SORIANO ("La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales", cit., pp. 157-161), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció la imposibilidad de fundamentar una sentencia en el testimonio anónimo (STEDH Asunto "Windich vs. Austria", de 27 de setiembre de 1990; STEDH Asunto "Kostovsky vs. Holanda", 20 de noviembre de 1989); en cambio, permitió la validez del testigo oculto, que declaró bajo una identidad protegida (STEDH Asunto "Ludi vs. Suiza", de 15 de junio de 1992).

do el modelo germano, la posibilidad de que el imputado se ausente durante la declaración del protegido (art. 12º.10 D. Leg. Nº 922). En ambos casos la ley permite, por razones de apoyo psicológico al protegido, declarar en condiciones que impidan un atentado o amenazas directas, pero lo que puede aceptarse es que se oculte la identidad del testigo o que éste no sea debidamente interrogado por la defensa. Fuera de los casos de la legislación de terrorismo, puede usarse la modalidad española, aprobada por su Tribunal Constitucional, de que la declaración del testigo se haga de tal modo que se impida que el acusado lo vea, y de ese modo pueda atentar contra él o amedrentarlo públicamente con efectos graves a la incolumidad del testigo [82].

En conclusión, las medidas protectoras, que pueden calificarse, siguiendo a GARCÍA PÉREZ [83], en medidas dirigidas a preservar, salvaguardar y ocultar la identidad del protegido en su *status* personal y profesional, hasta la celebración del juicio oral, y en medidas de protección policial para garantizar la seguridad personal y patrimonial del protegido y de concesión de ayudas económicas excepcionales, en todo caso, no deben perturbar la garantía de contradicción, imprescindible para que alcancen eficacia probatoria las declaraciones o informes sumariales de los colaboradores, lo que se traduce en el levantamiento del anonimato, que puede permitir el eventual incidente de tacha, dado que implícitamente ese mecanismo es típicamente inquisitivo. Lo que debe conocerse es la identidad del protegido, de suerte que una vez conocida se tolera que permanezca oculto en la sesión del juicio oral; lo que se prohíbe es el anonimato. Además, conforme a la STEH recaída en el Asunto "Ingro", de 19 de diciembre de 1991 (que siguió la línea del Asunto "Barberá, Messegué y Jaberdo vs. España", de 6 de diciembre de 1988), tratándose de pruebas personales, lo fundamental es conceder al imputado una oportunidad adecuada y suficiente de contestar los testimonios presentados en su contra, pudiendo en el ejercicio de su derecho de defensa interrogar al testigo en algún momento del proceso, por lo que

[82] MORENO CATENA: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", cit., pp. 148-149.

[83] GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: "Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, II), Madrid, 2001, pp. 298-299 y 309.

cabe admitir la eficacia probatoria del testimonio leído en la vista oral de un testigo localizado, siempre que se hubiera podido –en fase sumarial– discutir y contradecir sus declaraciones por parte del inculpado; declaración, agregamos nosotros, que tiene como presupuesto conocer la identidad del declarante –no su domicilio y demás datos para ser ubicado–.

5. ESTRUCTURA DE APOYO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN

El Decreto Supremo Nº 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001, Reglamento de las medidas de protección de colaboradores, testigos, peritos y víctimas, instituyó una estructura administrativa para dar cobertura a las medidas de protección.

En primer lugar, determinó que es la Fiscalía de la Nación, en coordinación con el Poder Judicial y el Ministerio del Interior, la encargada de establecer un sistema integral y programas específicos de protección. El poder de la Fiscalía no es sólo para dictar instrucciones generales sino para proponer normas reglamentarias (Decretos Supremos) adicionales.

En segundo lugar, creó la "Unidad Especial de Investigación, Comprobación y Protección – UECIP" de la Policía Nacional, como órgano adscrito a la Fiscalía de la Nación encargado no sólo de la labor de verificación de las informaciones proporcionadas por los colaboradores, sino también para brindar protección a todas las personas indicadas anteriormente. La UECIP, entre otras funciones: **a)** debe ejecutar o coordinar con otras Unidades Policiales, la ejecución de las medidas de protección; **b)** someter a consideración del Fiscal de la Nación los Planes y Programas de protección; y, **c)** informar acerca de la situación de las personas sujetas al programa de colaboración.

6. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LAS DEMÁS NORMAS SOBRE COLABORACIÓN

El Decreto Legislativo Nº 902 –Normas complementarias a la Ley de beneficios por colaboración–, de 1 de junio de 1998, prevé para el colaborador una "seguridad personal" y la "reserva necesaria", con la inclusión de una clave para su identificación, que durará hasta la obtención del beneficio. Además, podrá mantener al colaborador –*solicitante*, según dicha norma–, ya sea en su domicilio o en un ambiente especial, ello atendiendo al grado de peligro para su integridad y derechos.

Asimismo, el Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996, Ley de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, estableció en su art. 20º los siguientes beneficios: **a)** el secreto de la identidad del colaborador –*peticionario*, según dicha norma–, con la asignación de una clave; y, **b)** traslado a un Centro Especial de Reclusión, durante el proceso de colaboración, para cautelar su vida e integridad física. El Reglamento de beneficios procesales y penitenciarios excepcionales, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-98-JUS, de 15 de octubre de 1998, establece en el art. 34º que es responsabilidad del Ministerio del Interior velar por la integridad física y la vida de los beneficiados, durante su permanencia en los Centros Especiales de Reclusión, y otorgarle una identidad ficticia, lo que constituye en puridad una tercera medida de protección. De igual manera, bajo la responsabilidad del Ministerio del Interior se le asignará al beneficiado un apoyo económico consistente en pasajes y bolsa de viajes por una sola vez, así como para su alimentación y salud –que se extenderá a su familia– durante su permanencia en el Centro Especial de Reclusión.

Es de acotar que el peticionario, en el ámbito de la colaboración eficaz en delitos de tráfico ilícito de drogas y agravados, está sujeto a una medida de protección privativa de libertad. Desde luego, su finalidad puntual no es la propia de las medidas provisionales: prevenir la fuga, asegurar la prueba y evitar reiteración delictiva, a consecuencia de los actos daños que pueda realizar, sino la de protegerlo contra riesgos graves, no superables de otro modo. Otra nota singular de esa medida es que aun cuando el sujeto es un colaborador, también incurrió en delitos graves, lo que permite apreciar al internamiento en un Centro Especial también como una medida con clara función cautelar y no sólo de seguridad.

CAPÍTULO XXV
LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

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

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema procesal eurocontinental, señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, la declaración del acusado se considera en la doble vertiente de medio o acto de prueba, que se practica en el juicio oral, y diligencia de investigación que, lógicamente, se lleva a cabo en la fase de instrucción [84].

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

---

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

II. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO

1. NATURALEZA JURÍDICA

GÓMEZ ORBANEJA [85] señala, *en primer lugar*, que el interrogatorio del acusado en el juicio viene exigido por el "espíritu de todo el sistema en que la ley se inspira" (*principio de contradicción*), en tanto se proclama la imprescindible audiencia de los imputados como requisito de validez del fallo; y, *en segundo lugar*, en la medida en que el acusado es sujeto del proceso, éste no está obligado a declarar, aunque sí a comparecer, y su interrogatorio no es –siguiendo a BELING– un verdadero interrogatorio, sino más bien un permiso para interrogarlo, la declaración del acusado constituye un *medio de defensa*, una ocasión que la ley le da de tomar posición frente a la acusación y las pruebas de que ésta se valga, y no un medio de fijar objetivamente la verdad.

No obstante ello, no se puede dejar de desconocer que la declaración del acusado, favorable o desfavorable a su posición, tiende a producir el convencimiento del juez. Al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ afirma que en la práctica ocurre que es muy difícil que el juez o tribunal que oye la declaración, y que percibe la manera en como ésta se desarrolla, no tome igualmente posición de frente al acusado, sacando consciente o inconscientemente conclusiones probatorias de lo que aquél diga en el interrogatorio [86].

2. POSICIÓN DEL IMPUTADO FRENTE AL INTERROGATORIO

Luego del problema de la naturaleza jurídica de la declaración del acusado, es del caso pronunciarse acerca del deber de veracidad o del ejercicio del acusado a abstenerse de responder. Contemporáneamente ya están superadas aquellas tesis que exigían que el reo está obligado a luchar codo a codo con el juez en defensa de la Justicia y, en cuanto colaborador necesario del juez, está sometido al deber de decir la verdad [87]. *La ley no impone al imputado la obligación jurídica de decir la verdad, ni siquiera de responder al interrogatorio.*

---

[85] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 268-269.

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

[87] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 3ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 363.

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8º.2.'g') reconoce al acusado el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Ello, *en primer lugar*, ha deslegitimado el art. 127º del Código de 1940 que sancionaba el silencio del imputado como un indicio de culpabilidad, así como ha puesto en tela de juicio el art. 245º del indicado Código que, ante el silencio del acusado, obliga al tribunal a realizar una serie de interrogatorios sucesivos, previa exhortación del abogado del acusado a fin de que responda las preguntas; y, *en segundo lugar*, siguiendo a TOMÉ GARCÍA, impone que el interrogatorio del acusado debería comenzar preguntándole, no si se confiesa reo del delito que se le imputa, sino simplemente si quiera declarar (informándole de su derecho a no declarar), y, además, en caso afirmativo, podrá dejar de contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, sin que el juzgador pueda extraer de dicha actitud ningún efecto [88]. Según la Ley Nº 27834, de 21 de setiembre de 2002, sólo se deja constancia del silencio del procesado.

Esta declaración está sometida al principio de inviolabilidad de la persona humana, por consiguiente resulta inadmisible forma alguna de presión física contra el acusado. Igualmente, es de rechazar la posibilidad de utilizar medios coercitivos de carácter psíquico, tales como hipnotismo, los medios químicos mediante el suministro de sustancias de acción narcótica, el registro gráfico del pulso y la respiración, el reflejo galvano-psíquico, etc. Al respecto, MONTÓN REDONDO acota que su práctica ha sido sistemáticamente denegada sobre la consideración unánime de falta de fiabilidad en cuanto a sus resultados, eventuales peligros derivados de su empleo y sobre todo, por conculcar el principio de legalidad al suponer una forma indirecta y torticera de obtener declaraciones y resultar un desprecio a la persona ante el aniquilamiento de sus recursos físicos y psíquicos, al convertirla en mero apéndice de un aparato o un producto químico [89]. El Tribunal Supremo español, por ejemplo, llegó a sostener en la Sentencia de 26 de noviembre de 1991, rechazando incluso la administración de fármacos a pedido del propio imputado, que aun suponiendo por vía de hipótesis la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado

---

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

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

no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarla de forma incondicionada [90].

Las garantías establecidas para la instructiva –y que garantizan tanto la defensa como la averiguación objetiva de la verdad– rigen íntegramente para el juicio oral, acomodadas a la oralidad de éste. Siguiendo en lo pertinente a VIADA-ARAGONESES [91], es del caso apuntar que: **a)** el interrogatorio se inicia con las generales de ley del acusado, estando prohibido que se le tome juramento; **b)** el acusado, protegido por la cláusula de no autoincriminación, conserva la facultad de no responder, sin que puede emplearse ningún medio coactivo ni intimatorio contra él y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio; **c)** el Tribunal y las partes están prohibidos de formular preguntas capciosas o sugestivas; y, **d)** la confesión del imputado no faculta al tribunal para prescindir de la práctica de las pruebas admitidas a que las partes que las hubiesen propuesto no renuncien, siendo del caso invitar al confeso a que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión.

III. LA INSTRUCTIVA O INDAGATORIA

1. ASPECTOS GENERALES

Señala LEONE que la instructiva es el acto procesal por medio del cual el órgano instructor procede a la identificación del imputado y a hacer saber al mismo el hecho que se le atribuye. Dos son las funciones que tiene: en primer lugar, tiende a asegurar la identificación del imputado y la atribución de la imputación; y, en segundo lugar, tiende a garantizarle la defensa, a cuyo fin la ley consiente al imputado a hacer sus declaraciones [92].

Tres son, al decir de CLARIÁ OLMEDO [93], las notas características de esta diligencia instructora: **1.** Es un acto personal del imputado: sola-

---

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

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

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

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

mente de él puede provenir la exposición; la intervención del abogado defensor se circunscribe a la de ser un asistente técnico. **2.** Se presta ante la autoridad que tiene a cargo el procedimiento: juez penal o fiscal provincial, excluyendo toda posibilidad de que se preste ante autoridad extrajudicial (la policía sólo puede indagar sumariamente al proceso –sólo en caso de urgencia, según el nuevo Código– para reunir elementos de descargo en su favor, sin que sea permitido introducir el acto en el juicio oral para fundamentar la sentencia); GARCÍA RADA precisa que no puede librar exhorto a otro magistrado de igual categoría para que la reciba y que sólo es instructiva la prestada ante juez competente, no lo es la declaración rendida ante otras autoridades [94]. **3.** Es una exposición voluntaria, primero, porque puede declarar o no y, segundo, porque puede ser espontánea, provocada o mixta. Es decir, que el inculpado expone todo cuanto estime conveniente acerca del hecho intimado, o cuando responde las preguntas del órgano instructor y de su abogado defensor, o de las dos maneras.

La instructiva, como ya se anotó, es considerada más como un medio de defensa que un medio de investigación o de prueba; permite al imputado aportar las pruebas referidas a su inocencia. La cláusula de interdicción de la autoincriminación sustenta esta posición, sentando –al decir de Ricardo LEVENE (h)– un principio de profundo contenido humano, que permite al imputado de un delito negarse a prestar declaración, evitando de esta manera que se utilicen tormentos o torturas para lograr su confesión [95]. No obstante ello, es de tener en cuenta, anota LEONE, que si bien no es un medio de prueba, toda vez que no está previamente dispuesto para asegurar elementos de prueba, puede considerársele eventual fuente de prueba, ya que no se puede inhibir al juez que saque del interrogatorio argumentos o elementos a favor o en contra del imputado [96].

En tanto es un acto voluntario, en ningún momento se puede requerir al imputado juramento o promesa de honor de decir verdad. La cláusula de interdicción de la autoincriminación, entre otro de sus efec-

---

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

[95] LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 425.

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

tos, precisamente garantiza la libertad de declaración y, por tanto, que no se obligue al imputado a una declaración de fe. La disposición de declarar del imputado, anota Francisco RAMOS MÉNDEZ, no le obliga a nada más que a decir lo que quiera, aunque no sea verdad [97].

2. EL ACTO DE LA INSTRUCTIVA

A. Procedencia

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

La instructiva se lleva a cabo en el plazo establecido por la ley (inmediatamente después, y siempre antes de vencerse las 24 horas, de producida la detención del imputado, arts. 85º del Código de 1940 y 120º del Código de 1991); si no hay un plazo establecido, se hará sin retardo. Esto último tiene como fin, explica LEONE, poner inmediatamente al imputado en condiciones de conocer la existencia del proceso a su cargo y la respectiva imputación y, por consiguiente, de ejercitar tempestiva y útilmente el derecho de defensa [98].

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

La instructiva procede, cómo es lógico, cuando se ha abierto instrucción a una persona. Sólo puede rendirla quien tiene la condición de imputado; en tal virtud, quien conoce que ha sido comprendido como

---

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

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

inculpado en un proceso, tiene el derecho de que se señale día y hora para que rinda instructiva y, en su caso, presentarse espontáneamente al órgano instructor para hacerlo.

B. Asistentes

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

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

El art. 123º del Código de 1940 señala que en casos de urgencia o cuando está por vencerse el plazo de 24 horas, puede el Juez comenzar el examen del inculpado, sin la presencia del defensor, el cual no puede cerrarse hasta que éste concurra. A su vez dicha norma confiere al Juez la potestad de reemplazar al defensor que no concurre a las citaciones para la instructiva, sin perjuicio de la multa, que fluctúa entre 1 y 20 URP, según el art. 292º de la LOPJ.

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

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

C. Estructura

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

1. El *interrogatorio de identificación* o *preliminares del interrogatorio* está impuesto en los arts. 124º del Código de 1940 y 122º del Código de 1991. Consiste esencialmente en una serie de preguntas del órgano instructor y contestaciones del imputado, por las cuales a éste se le exige que proporcione un conjunto de datos relativos a su persona, conocidos en el lenguaje forense como 'generales de ley' [99]. Se trata, en buena cuenta, de obtener del imputado datos acerca de su ubicación civil y social, así como de su situación ambiental, psíquico-biológica y antecedentes penales.

2. Las *informaciones previas*, señala CLARIÁ OLMEDO, tienden a determinar si la exposición sobre el hecho se va a producir y, en caso positivo, a proveer para que se alcance eficazmente su finalidad [100]. Son tres las actividades que cumplen: intimación, información sobre el derecho de nombrar abogado defensor y hacerse saber que puede abstenerse de declarar.

La *intimación* significa la lectura y precisión de los cargos que motivaron la apertura de instrucción. Esta actividad también comprende, sin duda, como destaca LEONE, la indicación de los elementos de prueba existentes contra el imputado, así como –en la medida en que no se perjudique el objeto de la instrucción– la mención de las fuentes de prueba [101].

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

---

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

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

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

do defensor esté presente en su declaración y en todas aquellas diligencias en que se requiera su presencia". Es de precisar, siguiendo a RAMOS MÉNDEZ, que sea cual sea la actitud del imputado que se niega a declarar, puede cambiar de opinión en el transcurso del proceso; no existe ningún tipo de preclusión [102].

3. La *exposición sobre el hecho* es la médula sustancial de la instructiva y constituye la respuesta del imputado a los cargos que se le han formulado. En primer lugar este momento se inicia con la declaración espontánea del imputado acerca de los hechos atribuidos y que le han sido intimados. En segundo lugar se procede al interrogatorio por el órgano instructor y la defensa. El interrogatorio, señala GARCÍA RADA, debe comprender todo: preparación y motivos del delito, su realización y lo que hizo después; señalar móviles y demás circunstancias; en compañía de quién lo hizo y en qué forma lo ayudaron [103].

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

Las preguntas serán directas y claras. No son admisibles las preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Esto último, así como el interrogatorio para que el imputado corrija y aclare sus posibles contradictorios o las manifestaciones opuestas a las constancias existentes en los autos de las que fue informado, o complete algunas lagunas de su exposición, persiguen un objetivo: favorecer y orientar la defensa material del imputado [104].

---

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

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

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

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

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

IV. LA CONFESIÓN

1. Concepto

Se entiende por *confesión* la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias. En rigor, la confesión importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aun cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o a excluir la pena [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. 127º-129º), así como sus efectos dispositivos sobre el objeto procesal en la institución de la conformidad (art. 280º).

Las notas características de la *confesión*, siguiendo parcialmente a MIXÁN MASS [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]. CLARIÁ OLMEDO, en esa misma perspectiva, acota que en esta última confesión, hay una admisión del contenido fáctico de la imputación, pero se niega en todo o en parte la responsabilidad aduciendo una disculpa [109].

En lo que concierne a la confesión calificada es de destacar que la disculpa importa la alegación o concurrencia de: **a)** *eximentes de responsabilidad penal*, tales como causas de justificación, que niegan la antijuricidad penal del hecho, o causas excluyentes de culpabilidad, que niegan culpabilidad del sujeto (art. 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] CLARIÁ 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] CLARIÁ 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. Nº 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. Nº 5091-98, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 301-302).

[119] Ejecutoria suprema de 6 de mayo de 1994, Exp. Nº 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.

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

B. Confesión y medición de la pena

Si la confesión es sincera, esto es, veraz y compatible con los recaudos probatorios de la causa, se convierte en un factor de atenuación excepcional de la pena. La pena puede disminuirse hasta límites inferiores al mínimo legal, aunque como dice la Corte Suprema la discriminación de la pena debe hacerse en forma prudencial [121] . Así lo disponen los arts. 136º del Código de 1940 y 127º del Código de 1991. Este último numeral agrega otra exigencia: la espontaneidad de la confesión, lo que no niega la veracidad de la misma, pero enfatiza la idea de la voluntariedad y del propio impulso o iniciativa, esto es, que la confesión no sea consecuencia de un cálculo o forzada por las circunstancias.

La Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos, ha fijado un concepto muy preciso de la sinceridad de la confesión, en tanto requisito indispensable para una atenuación excepcional de la pena. Sostiene que "...la confesión sincera es la declaración del imputado en la que reconoce ser autor o partícipe de un delito o falta, prestada espontánea, veraz y coherente, ante una autoridad competente y con la formalidad y garantías correspondientes" [122].

Ahora bien, en la exigencia de *espontaneidad* del nuevo Código se afirma que sólo resulta admisible una disminución de la pena cuando se

---

[121] Ejecutoria suprema de 14 de mayo de 1999, Exp. Nº 7-99, Callao (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 299-300).

[122] Ejecutoria suprema de 16 de marzo de 1998, Exp. Nº 264-98, Arequipa. Repite esta tesitura en la Ejecutoria suprema de 2 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3775-97, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 294-296).

trata de una confesión prestada fuera de los supuestos de delito flagrante o cuando no exista abundante prueba de cargo contra el imputado (art. 222º del Proyecto de 1995). Este requisito, absolutamente necesario, viene a concordar en algo la disposición procesal con lo prescrito por el Código Penal en materia de medición de la culpabilidad por el hecho. En efecto, el art. 46º.10 del Código Penal nacional menciona expresamente la confesión del autor, pero la condiciona a que se produzca antes de haber sido descubierto el delito. De igual manera, por ejemplo, el art. 21º.4 del Código Penal español estatuye que son circunstancias atenuantes "la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades". En esta perspectiva ha precisado el Supremo Tribunal que "no puede calificarse como confesión sincera la admisión de los hechos motivada por las circunstancias, o sea que, como ha sucedido en autos, los acusados fueron descubiertos y perseguidos, luego de sustraer los artefactos que se incautaron con motivo de su detención y donde no tenían otra alternativa que admitir tales hechos" [123]; de igual manera no se está frente a un supuesto de confesión sincera cuando "habiendo sido capturado el procesado en poder de la especie robada, su sinceridad en la que se basa la Sala Penal Superior para imponer pena inferior al mínimo legal" [124], menos cuando se acredite que pretendió exculpar a sus coacusados y lograr la impunidad del hecho [125].

La jurisprudencia suprema ha establecido, con toda corrección, que no resulta de aplicación la atenuación excepcional de pena cuando el imputado no ha dado una versión uniforme desde el inicio de la investigación al negar los cargos en sede policial y ante el juzgado, aunque admitiéndolos en el acto oral en razón a que las pruebas actuadas son contundentes y desvirtúan su coartada [126]. En otra decisión ha precisa-

---

[123] Ejecutoria suprema de 15 de enero de 1999, Exp. Nº 4850-98, Lima (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 285-286).

[124] Ejecutoria suprema de 27 de diciembre de 1999, Exp. Nº 261-99, Lima (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 268-270).

[125] Ejecutoria suprema de 2 de agosto de 2000, Exp. Nº 512-99, Lima (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 40-41).

[126] Ejecutoria suprema de 22 de febrero de 1995, Exp. Nº 166-95, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 345-346). Repetida en la Ejecutoria suprema de 24 de noviembre de 1997, Exp. Nº 4923-97

do que si el encausado incurre en una serie de contradicciones, negando los cargos en un lugar y aceptándolos en otro, esta última versión a lo sumo puede ser considerada como mera admisión o adjudicación de cargos que no surten los efectos de una confesión sincera [127]. El Supremo Tribunal, asimismo, sostiene que "...no puede considerarse sincera confesión cuando ésta se produce en el último tramo del proceso" [128].

La Corte Suprema insiste en sancionar que si no hay uniformidad en todo el curso del proceso, incorporando en él la fase preprocesal o policial, no es de aplicación la pena excepcionalmente atenuada, fijando al respecto como requisitos de la confesión la sinceridad, la espontaneidad y el arrepentimiento [129].

Asimismo, ha establecido que si el acusado omite proporcionar en forma sistemática la identidad de los demás agentes delictivos no puede otorgarle a su declaración la calidad de una confesión sincera [130]. En esta perspectiva se afilia otra decisión al señalar que las declaraciones de los imputados omitiendo la identidad de uno de los agentes no constituyen confesión sincera al no ser veraz [131].

Sobre el tema de la conducta procesal del reo como factor de atenuación de la pena, debe tenerse en cuenta, como apunta JESCHECK, que sólo cuando la confesión permita sacar deducciones sobre el índice de la culpabilidad personal o el grado de peligrosidad del imputado es posible que se tenga en cuenta a la hora de determinar la pena [132]. Por otro lado, enfatiza Patricia ZIFFER, esta posición, sustentada por quienes optan por la *teoría del indicio*, ni siquiera asume el arrepentimiento como eje de la atenuación, dado que el efecto atenuante debe verse en la actitud del imputado para contrarrestar el efecto de deslegitimación de

---

(ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, pp. 253-254).

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

[128] Ejecutoria suprema de 30 de noviembre de 1995, Exp. Nº 1495-95, Lima.

[129] Ejecutoria suprema de 4 de junio de 1996, Exp. Nº 1847-96, Huánuco.

[130] Ejecutoria suprema de 25 de noviembre de 1997, Exp. Nº 4932-97, Arequipa.

[131] Ejecutoria suprema de 2 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3775-97, Lima.

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

la norma generado por su quebrantamiento; con todo, este criterio genera más riesgos que beneficios, sobre todo en lo que al respeto al derecho de defensa se refiere [133].

Por lo demás, es de tener presente, más allá de cualquier opción teórica que se asuma respecto a la función del art. 136º del Código de 1940, que –como lo ha recordado la Corte Suprema– dicho numeral sólo faculta a rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal con que está sancionado el delito perpetrado, mas no a imponer una pena cuya naturaleza no está prevista para el ilícito penal [134].

[133] ZIFFER, Patricia: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, pp. 171-175.

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

CAPÍTULO XXVI
LA PRUEBA INDICIARIA

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

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La doctrina procesalista reconoce una clasificación de la prueba, en función a la mayor o menor coincidencia y conexión entre el hecho probado y el hecho tipo a probar exigido por el supuesto de hecho de la norma jurídico-penal. En tal virtud, clasifica a la prueba entre *prueba directa* y *prueba indirecta, indiciaria* o *circunstancial* [135]. ALMAGRO NOSETE apunta que si la coincidencia es completa se habla de prueba directa (por ejemplo, los testigos declaran que vieron al agresor apuñalar a la víctima); cuando el hecho no es coincidente, pero sí significativo a efectos probatorios, se dice que la prueba es indirecta o indiciaria (por ejemplo, los testigos declaran que el sujeto a quien se imputa la agresión había proferido en varias ocasiones, serias amenazas de muerte sobre la

---

[135] Debe diferenciarse, como ya se ha insistido, entre indicio procedimental (históricamente equivalente a 'sospecha'), esto es, como elemento que indica la conveniencia de adoptar determinada resolución sobre la base de juicios intermedios de culpabilidad, que a su vez deriva del vocablo *indicare*, equivalente a dar a conocer o manifestar; del indicio como un concepto estrechamente vinculado a la actividad probatoria, el cual equivale al hecho base de la presunción o afirmación base, derivado del vocablo *inde dico* ("por tanto digo") (cfr., SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "La función del indicio en el proceso penal", en su: *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 700-701).

víctima) [136]. La Corte Suprema, si bien reconoce el valor de la prueba indiciaria para justificar una sentencia condenatoria, en una Ejecutoria de 25 de junio de 1998, sin mayores referencias, diferencia entre pruebas e indicios: "...además de las pruebas recabadas en autos, se advierte la presencia de indicios que al ser valorados de manera global demuestran fehacientemente la responsabilidad de los agentes, ..." [137]. En rigor, las fuentes de prueba, directas o indirectas, una vez introducidas al proceso mediante los medios de prueba legalmente previstos, son pruebas en estricto sentido; lo que varía, en todo caso, es su proximidad con al *thema probandi.*

Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es *probar directamente hechos mediatos* para *deducir* de éstos *aquellos* que tienen una *significación inmediata* para la causa [138]. En tal virtud, con RIVES SEVA, podemos definir la prueba indiciaria como "...aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios– y el que se trate de probar –delito– [139]. La prueba por indicios no es, desde luego, un medio de prueba, sino una clase de prueba, una modalidad de actividad probatoria –con sus propias particularidades y requisitos– exigible a partir de la ausencia de prueba directa, pero idónea para destruir la presunción de inocencia; al indicio –en cuanto elemento de prueba– se llega a través de un medio de prueba, pues a partir de testificales, pericias, inspecciones, etc., se acredita la realidad del mismo, del hecho base concreto, que a su vez permitirá una inferencia determinada [140].

---

[136] ALMAGRO NOSETE: "Teoría general de la prueba en el proceso penal", cit., p. 35.

[137] Ejecutoria suprema de 25 de junio de 1998, Exp. Nº 1827-98, Lima (*Normas Legales*, T. 300, mayo, Trujillo, 2001, pp. A19-A20).

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

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

[140] Cfr.: JAUCHEN, Eduardo M.: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 583.

El Código de 1940 no regula la prueba indiciaria, lo cual por cierto no significa que los tribunales no deben utilizarla, puesto que la prueba indiciaria no es más que un mecanismo intelectivo para la prueba [141]. Sí la regula, en cambio, el Código de 1991 a través del art. 246º; sin embargo, esta norma se limita a especificar, en términos de seguridad jurídica, los requisitos que se deben cumplir para poder condenar a través de la prueba por indicios. En tal virtud, siguiendo a lo mejor de la doctrina, menciona el hecho indicador, la presunción y las características que deben reunir los indicios cuando son contingentes.

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

En sí mismo no puede sostenerse que la prueba indiciaria es menos segura y más riesgosa que la prueba directa. En primer lugar, todo depende de la seguridad u objetividad de la fuente de prueba, lo que es común a ambas clases de prueba. Obviamente, es más seguro acreditar un hecho a partir de una constatación objetiva auxiliada por datos científicos y aportes periciales contundentes que darlo por probado en mérito a una declaración testimonial, pues en este último caso surge la valoración de la credibilidad del testigo. Enseña ROXIN al respecto que "una prueba indiciaria, en particular una prueba con medios probatorios materiales, en circunstancias puede, incluso, proporcionar una prueba más segura que las declaraciones de los testigos del hecho" [142].

En segundo lugar, el tema de la inferencia pertenece a la fase de depuración de la prueba, común a toda la institución en su conjunto. Si bien en la prueba indiciaria se producen varias operaciones, vinculadas

---

[141] La Corte Suprema, si bien equivocadamente considera la prueba indiciaria como medio de prueba, estima válida su utilización definiéndola –siguiendo a MIXÁN MASS– como "...una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta cuya fuente es un dato comprobado y se concreta en la obtención de un argumento probatorio mediante una inferencia correcta" (Ejecutoria suprema de 21 de julio de 1999, Exp. Nº 2103-99, Amazonas [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 218]).

[142] ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 106.

a la acreditación del indicio y a la ubicación y precisión de la inferencia, la actividad intelectual del juez, siempre presidida por las reglas de la lógica y de la experiencia, resulta necesaria en todo análisis probatorio, sin interesar que se trate de una prueba directa o indirecta.

El fundamento de la prueba indiciaria, por consiguiente, no descansa en razones de defensa social (evitar la impunidad de los delitos) sino que es el mismo fundamento lógico que justifica la utilización de las presunciones judiciales. En tal virtud, es de insistir que la prueba indiciaria no es un medio de prueba, sino un mecanismo intelectivo para la prueba. La presunción judicial, y, por consiguiente, también la prueba indiciaria, tiene su encaje en la fase de depuración, situada entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba, como actividad intelectual del juzgador presidida por las reglas de la lógica y de la experiencia, y tiene su apoyo en una afirmación base o indicio que debe estar totalmente acreditado [143].

Es de entender, como anota MARTÍNEZ ARRIETA [144], que en la formación de la convicción judicial intervienen las pruebas y las presunciones; las primeras son instrumentos de verificación directa de los hechos ocurridos; las presunciones, por su parte, nos permiten esa acreditación a través de supuestos de certidumbre admitidos de forma generalizada. En la formulación de la prueba indiciaria se parte de un hecho acreditado, el indicio, que asociado a una presunción nos permite verificar otro hecho distinto del inicial, del que es consecuencia.

Es pertinente aclarar, con SERRA DOMÍNGUEZ, que la prueba por indicios se resuelve en una presunción judicial, y que no existen otras diferencias entre presunción e indicio que la resultante de integrar momentos distintos de un mismo juicio; esto es, mientras el indicio es el elemento inicial de que parte la presunción (el hecho base de la presunción o afirmación base), ésta es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente [145].

---

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

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

[145] SERRA DOMÍNGUEZ: "La función del indicio en el proceso penal", cit., p. 702.

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

1. El órgano o la fuente de prueba, en el caso de la prueba indiciaria, no expone un hecho histórico que conoce o expresa, puesto que el indicio es indicativo del mismo, se limita a sugerirlo, de ahí que esta prueba requiera de un raciocinio adicional, ineludible para llegar al conocimiento de un hecho. Las pruebas históricas, como destaca GARCÍA VALENCIA, le representan al juez el hecho objeto de prueba, mientras que la prueba indiciaria le permiten deducir su existencia o inexistencia [146].

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

3. Cada indicio permite varias inferencias probables, correspondiendo a la inteligencia la función de ir descartando aquellas que no permitan procurar la certeza sobre un hecho. La suma de probabilidades determinará la certeza [147].

II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA

1. INTRODUCCIÓN

La prueba indiciaria es un *complejo* constituido por diversos elementos [148]. Desde una perspectiva material se tiene: un indicio o hecho base indirecto, un hecho directo o consecuencia y un razonamiento deductivo (presunción judicial) por el cual se afirma un hecho directo a partir del mediato. La estructura de la prueba indiciaria consiste, en primer lugar, en un indicio como hecho o afirmación base y, en segundo lugar, la presunción [149].

---

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

[147] MARTÍNEZ ARRIETA: "La prueba indiciaria", cit., pp. 55-56.

[148] ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 169.

[149] Con igual rigor, Juan Alberto BELLOCH JULBE ("La prueba indiciaria", en: AA.VV.: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992 [Cuadernos de

Al respecto, la Corte Suprema ha resuelto que la prueba por indicios requiere un hecho indicador; un razonamiento correcto en aplicación de las reglas de la ciencia, la técnica y la experiencia; una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes; y, la ausencia de contraindicios consistentes [150].

2. EL INDICIO

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

Es menester diferenciar el indicio de la sospecha y de la conjetura, a menudo confundidos en la práctica judicial. Como dice PAZ RUBIO, siguiendo la jurisprudencia española (STSE de 1 de diciembre de 1989), la *sospecha* es la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad; la *conjetura* es el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, se forma de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan; y, finalmente, el *indicio* es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho (*debidamente probado*), dándole carácter verosimilitud [151]. Por ello es que la Corte Suprema ha señalado que no tienen el carácter de indicios los datos no acreditados en forma plena [152].

Derecho Judicial], p. 38), anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: **a)** una serie de hechos-base o uno solo "especialmente significativo o necesario", que constituirán los "indicios" en sentido propio; **b)** un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, **c)** una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han permitido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico.

[150] Ejecutoria suprema de 19 de mayo de 1995, Exp. Nº 3732-94, Lima.

[151] PAZ RUBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio: OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 284.

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

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

MARTÍNEZ ARRIETA, siguiendo a la jurisprudencia ordinaria española, insiste que el acreditamiento del hecho base requiere que sea perfecto, a través de prueba directa, sin que pueda admitirse que el mismo resulte, a su vez, acreditado por prueba indiciaria, por todos los riesgos que ello supondría [153]. Sin embargo, si la presunción, como actividad intelectual probatoria que realiza el órgano jurisdiccional, es un mecanismo adecuado para formar la convicción judicial, no existe obstáculo alguno para que partiendo de una presunción se puedan formar nuevas presunciones.

Es de tener presente que la ley exige que el indicio esté acreditado y no prohíbe la concatenación de presunciones. MIRANDA ESTRAMPES anota que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá de la existencia de un enlace preciso y directo entre la *afirmación base* y la *afirmación consecuencia*, de tal forma que de no existir el mismo su valor probatorio sería nulo, no por el simple hecho de la concatenación de las presunciones, sino porque faltaría uno de los elementos fundamentales integrantes de su estructura [154]. En igual sentido se pronuncia VEGAS TORRES, precisando que no rige la máxima *praesumptio de praesumptiones non admititur*, puesto que un indicio no podrá considerarse probado, sino sobre la base de una actividad probatoria procesal, practicada con todas las garantías, de cuyo contenido objetivo resulte la certeza del hecho indicio y que, valorada de conformidad con las reglas de la experiencia y de la lógica conduzca al convencimiento del juzgador sobre la certeza del hecho indicio [155].

De otro lado, es común señalar que es menester contar con varios indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-causa. ASENCIO MELLADO precisa al respecto que un solo indicio, en un plano teórico, es suficiente para proporcionar tal seguridad, siempre que se esté ante supuestos de aplicación de

---

[153] MARTÍNEZ ARRIETA: "La prueba indiciaria", cit., p. 64.

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

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

máximas de la experiencia o científicas que puedan ser calificadas como seguras, hecho éste sin embargo bastante infrecuente [156].

Lo expuesto precedentemente, obliga a reconocer que existen indicios necesarios e indicios contingentes, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los *indicios necesarios* prueban por sí solos plenamente la veracidad del "dato indicado" al que conducen, por lo que están exentos del requisito de pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los *indicios contingentes*, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del *thema probandum* o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos; uno solo representa apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o la inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarga generalmente el peligro del azar o de la casualidad [157].

Tratándose de indicios contingentes no es suficiente la *pluralidad* de ellos. También se requiere que estén interrelacionados, vale decir que sean *concurrentes* y *concordantes*, esto es, que no sean incompatibles entre sí; deben permitir vincularse entre sí y estar circunscritos a aspectos esenciales para conocer el *thema probandum* (v. gr.: referirse al mismo lugar o tiempo u oportunidad o móvil o propósito o hábito o concierto, etc.). El Supremo Tribunal insiste, siempre, que los indicios deben ser corroborantes y concatenados, que es lo que hace que la prueba sea determinante [158]. Igualmente, se requiere que sean indicios *unívocos*, es decir, que apunten en una misma dirección, habiéndose descartado razonablemente las otras posibles conclusiones que de ellos puedan inferirse [159].

En atención a lo expuesto la Corte Suprema ha precisado que resulta inaceptable una condena basada en supuestos y presunciones –en rigor, "sospechas"– no corroboradas por prueba directa ni indicios concurrentes que produzcan convicción acerca de la intervención del im-

---

[156] ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 175.

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

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

[159] MIXÁN MASS: *Prueba indiciaria*, cit., pp. 125-126.

putado en el delito acusado [160]. También ha establecido que si se "...reúnen los indicios de presencia u oportunidad física, de capacidad de delincuencia o de oportunidad personal y de motivo o móvil (...); que recogidos así e interpretados todos los hechos y circunstancias que pueden conducir al descubrimiento de la verdad, por la labor de interpretación y de aproximación de los indicios que corresponde al juzgador, la pluralidad concordante de aquellos hechos y circunstancias...", es del caso afirmar la autoría del acusado en el delito enjuiciado [161].

Un último requisito del indicio es que sea periférico respecto al dato fáctico a probar. En efecto, apunta PAZ RUBIO: "No todo hecho puede ser relevante. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. Por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare*, implica "estar alrededor" y esto supone ónticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella" [162].

3. LA PRESUNCIÓN

Es la inferencia que obtenida del indicio permite acreditar otro hecho distinto. MARTÍNEZ ARRIETA apunta que la presunción es la conclusión del silogismo construido sobre una premisa mayor: la ley basada en la experiencia, en la ciencia o en el sentido común, que apoyada en el indicio, premisa menor, permite la conclusión sobre el hecho reconstruido [163]. Es de entender, conforme postula ASENCIO MELLADO, que la prueba indiciaria se caracteriza por la conclusión de un hecho a partir de otro mediato, por lo que es evidente que tal conclusión ha de obtenerse por medio de un razonamiento lógico que autorice a esta afirmación y que proporcione el convencimiento sobre la misma [164].

---

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

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

[162] PAZ RUBIO *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 286.

[163] MARTÍNEZ ARRIETA: "La prueba indiciaria", cit., p. 59.

[164] ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 177.

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

Esta afirmación o enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia [165]. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, siendo de rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba. Dos datos son, pues, imprescindibles: **a)** racionalidad de la inducción o inferencia, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada; y, **b)** que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano [166].

El enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia debe ser preciso y directo, ser fruto de una deducción, no de una mera suposición o, lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria y que el mencionado enlace sea racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia [167]. Es obvio que si existe la posibilidad razonable de una solución alternativa, se aplicará la más favorable al acusado de acuerdo al principio *in dubio pro reo.*

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

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

[166] CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal,* Dykinson, Madrid, 2002, p. 385.

[167] ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 177.

descargo y, por tanto, a favor del imputado, impidiendo de esta forma una condena [168].

Por el contrario, si se diera el caso que se acredita la falsedad de la coartada o, en todo caso, de algún extremo de la versión del imputado, tal situación no constituye indicio alguno de que el imputado es responsable del delito. Si bien la versión dada por el acusado es un dato a tener en cuenta, el hecho que finalmente no resulte convincente o sea contradicha por la prueba pertinente no debe servir para considerarlo culpable. El denominado "*indicio de falsa justificación*" únicamente permite inferir que su autor no realizó lo que efectivamente alega, pero en ningún caso cabe afirmar directamente, por una operación mental sin elementos interpuestos que el imputado, negativamente, fue partícipe en los hechos positivos; recuérdese, como explica ASENCIO MELLADO, que el indicio es un hecho normalmente positivo (huellas, objetos en poder del acusado, etc.) que sirve para probar indirectamente la autoría del delito, mientras que el contraindicio opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional falto de base causal al menos por sí solo [169].

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al señalar, primero, que las presunciones que pueden derivarse de las contradicciones en que han podido incurrir los procesados en sus instructivas, no son eficaces como elementos de incriminación [170]; y, segundo, que las simples presunciones –léase, "sospechas"– y la falta de prueba de la supuesta coartada de los acusados, no puede constituir fundamento para un fallo condenatorio, en tanto no se ha logrado establecer fehacientemente ni la verdad ni la falsedad de la responsabilidad penal de los presuntos autores [171]. Por lo demás, es claro que si el encausado prueba su coartada fehacientemente, debe ser absuelto de la acusación fiscal [172].

---

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

[169] ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 178.

[170] Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1959 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 222-225).

[171] Ejecutoria suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. N° 2146-93, Piura (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, Trujillo, 1995, pp. J29-J30).

[172] Ejecutoria suprema de 14 de marzo de 1973, Exp. N° 2335-72, Ica (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 53-55).

De otro lado, como acota SERRA DOMÍNGUEZ [173], la parte perjudicada por el indicio puede defenderse en la misma forma que frente a cualquier presunción: mediante la *contraprueba*, es decir, probando la irrealidad del indicio y demostrando que es inexacta la afirmación que se quiere hacer servir de tal; o a través de la *prueba de lo contrario*, atacando no ya el indicio, sino la conclusión, bien mediante la demostración de la ilogicidad del enlace, bien mediante la constatación de una afirmación presumida distinta a la que se pretende extraer, lo cual ocurrirá cuando se demuestre que el hecho base de la presunción respondió a causa distinta o agotó sus efectos en esfera penalmente irrelevante.

III. CLASES DE INDICIOS

En la doctrina procesalista existen varias clasificaciones de los indicios. Así tenemos (1) los *indicios de carácter general*, válidos para cualquier delito, de los indicios particulares, circunscriptos a específicos delitos. Los indicios también pueden observarse (2) *según su fuerza conviccional*, como tal, distinguirlos entre indicios necesarios y contingentes, según se requiera uno o varios para formar la convicción del juzgador. Empero, la clasificación más utilizada es aquella que toma en cuenta el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud (3) los *indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes*, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito. La Corte Suprema ha utilizado esta última clasificación de modo recurrente [174], por lo que es del caso ampliar su análisis.

1. INDICIOS ANTECEDENTES

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

[173] SERRA DOMÍNGUEZ: "La función del indicio en el proceso penal", cit., p. 709.

[174] Por todas: Ejecutoria suprema de 2 de julio de 1998, Exp. Nº 1787-98, Lima (*Normas Legales*, T. 300, mayo, Trujillo, 2001, pp. A20-A22).

especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa [175]. Sólo asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente [176].

2. INDICIOS CONCOMITANTES

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

En este rubro también se encuentran los indicios vinculados a la actitud subjetiva o psicológica del autor. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que "...la intención delictiva debe apreciarse siguiendo las reglas de la presunción del dolo, o sea teniendo en cuenta los medios empleados, la forma y circunstancias de hecho, la zona vulnerada, la posibilidad del resultado..." [177].

3. INDICIOS SUBSIGUIENTES

Son, al decir de MARTÍNEZ RAVE, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito [178]. En la clasificación de GORPHE se trata de los *indicios de actitud sospechosa.* Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones hechos posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin

---

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

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

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

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

ningún motivo aparente, el alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos.

La Corte Suprema ha precisado no sólo que ante la ausencia de pruebas directas cabe recurrir a la prueba indiciaria, y que ésta debe ser examinada y no simplemente enunciada, sino que hace un análisis global de los diferentes indicios que pueden presentarse en la causa, tales como los indicios de capacidad comisiva, de oportunidad, de mala justificación y de conducta posterior [179]. En otras decisiones, ya citadas, insiste en que la valoración de los indicios debe ser global, agregando como indicios objeto de análisis los de móvil, actitud sospechosa y participación comitiva [180].

IV. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La motivación es una exigencia de toda resolución judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 139º.5 de la Constitución. En el caso específico de la prueba indiciaria se exige, desde el punto de vista for-

---

[179] Ejecutoria suprema de 19 de marzo de 1999, Exp. Nº 4781-98 (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 2, Lima, 2001, pp. 696-699). Una jurisprudencia particularmente errática es la de 14 de febrero de 1994, en la que confunde las sospechas o conjeturas –a las que impropiamente denomina presunciones– con la prueba indiciaria, lo que le permite decir contradictoriamente "... que las simples presunciones y la falta de prueba de la supuesta coartada de los acusados, no puede constituir fundamento para un fallo condenatorio (*lo que es sustancialmente correcto*); es más, como lo han expuesto diversas Ejecutorias Supremas, la mera prueba indiciaria (sic) no es suficiente para sustentar una condena, máxime si ella no ha logrado establecer fehacientemente ni la verdad ni la falsedad respecto a la responsabilidad de los presuntos autores ..." (Exp. Nº 2146-93, Piura [*Normas Legales*, T. 232, setiembre, Trujillo, 1995, pp. J29-J30]). La argumentación de la Corte Suprema para absolver a los acusados revela que la prueba de cargo no es suficiente para destruir la presunción de inocencia, pero no que, por su propia naturaleza, la prueba indiciaria es insuficiente para sustentar con legitimidad una condena.

[180] Ejecutorias supremas de 25 de junio de 1998, Exp. Nº 1827-98, Lima (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 281-283); y, de 2 de julio de 1998, Exp. Nº 1787-98, Lima (*Normas Legales*, T. 300, mayo, Trujillo, 2001, pp. A20-A22).

mal, al punto de estimar inexistente esta prueba, que el juez exteriorice el razonamiento deductivo que internamente ha realizado, mediante un ejercicio de autocontrol en el desarrollo de la prueba. El órgano jurisdiccional ha de explicitar en la sentencia cuáles son los indicios que se estiman plenamente acreditados, así como el razonamiento lógico utilizado para obtener de la afirmación base la afirmación presumida, esto es, la expresión del razonamiento deductivo y del "íter" formativo de la convicción [181]. Esta explicitación, enfatizan CALDERÓN y CHOCLÁN, aun cuando sucinta o escueta se hace imprescindible para posibilitar el control impugnatorio de la racionalidad de la inferencia [182].

Al respecto, VEGAS TORRES apunta que los indicios deben consignarse entre los hechos probados y, en el propio texto de la sentencia, debe exteriorizarse el razonamiento lógico que conduce al Tribunal a considerar fijado el hecho presunto; todo lo cual permite la fiscalización recursal de la utilización por el juzgador de la prueba de indicios, fiscalización que tiene dos vertientes bien diferenciadas: el control de la fijación de los indicios, por un lado, y el control de la existencia del enlace lógico o experimental entre los indicios y el hecho presunto [183], siguiendo estas premisas, la Corte Suprema en un fallo más reciente no sólo ha reconocido las pertinencias de acudir a la prueba indiciaria sino que ha precisado que no sólo basta con invocarla sino que debe ser lo suficientemente motivada, al punto de permitir conocer los razonamientos que establezcan los indicios existentes plenamente acreditados, la lógica deducción y la conclusión que se quiere obtener [184].

---

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

[182] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 385.

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

[184] Ejecutoria suprema de 12 de octubre de 1999, Exp. Nº 3243-99, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 68-70, esp. 69).

CAPÍTULO XXVII
LA PRUEBA PROHIBIDA

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición: 1. Concepciones acerca de la prueba prohibida. 2. Precisiones conceptuales. III. Clasificación de la prueba prohibida. IV. Fundamento de la prueba prohibida: 1. El valor preferente de los derechos fundamentales. 2. Ámbito de la exclusión. 3. Ubicación constitucional de la inadmisión probatoria. V. Extensión de la prueba prohibida: 1. Planteamiento del problema. 2. Excepciones al efecto extensivo.

I. INTRODUCCIÓN

Sobre el tema que nos ocupa, dos son las ideas centrales que sustentan la discusión procesal en materia de derecho probatorio en sede penal: 1) El concepto riguroso, claro y comprensible, de *prueba prohibida* –noción acuñada por BELING en 1903–, en tanto que en la dogmática procesal subsisten dos concepciones: una amplia y otra restrictiva. 2) La naturaleza jurídica de dicha institución, que en el derecho eurocontinental puede considerarse, sin mayores fisuras, como una *garantía constitucional de naturaleza procesal*, derivada del art. 2º.24.'e') de la Constitución, esto es, del derecho a la presunción de inocencia.

La cuestión de la prueba prohibida, como enfatiza PELLEGRINI GRINOVER, se ubica, desde la perspectiva jurídica, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisible en el procedimiento probatorio; y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta

investigación [185]. Ambos intereses, como recuerda ORÉ GUARDIA, siguiendo a VÉSCOVI, son públicos, de suerte que cuando se defiende la necesidad de rechazar la prueba prohibida no se hace en defensa de un interés privado, sino en una actitud que debe inscribirse dentro del más sublime resguardo de la personalidad humana [186]. No cabe admitir el abstracto *"fiat iustitia et pereat mundus"*.

Nosotros, desde ya, aunque existe un sector minoritario en contrario, partimos de una consideración de principio: la prueba prohibida no puede ser admitida y, en su caso, valorada en sede jurisdiccional. Como un dato, ahora singularmente cuestionable, MUÑOZ SABATÉ decía que la prueba en sí misma considerada tiene un fondo marcadamente metajurídico; que es un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento, cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad; que ciertamente la justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito; que querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad en una escolta avanzada a favor de determinados intereses ajenos al proceso [187]. Una respuesta inmediata a esto último es la proporcionada por DÍAZ CABIALE, quien sostiene que "la necesidad de impedir que las pruebas que se obtuvieron mediante la vulneración de un derecho fundamental no se puede plantear como una opción política, sino como una exigencia constitucional, manifestación a su vez del derecho fundamental a la presunción de inocencia, aunque su formulación se parezca más a la de una garantía objetiva que a la de un derecho subjetivo" [188].

Lo anterior no resiste un análisis serio en tanto se entienda el valor preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y la propia función del proceso penal en un Estado Democrático de

---

[185] PELLEGRINI GRINOVER, Ada: "Pruebas ilícitas", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 1, Lima, 2000, p. 289.

[186] ORÉ GUARDIA, Arsenio: "La prueba prohibida", en: *Derecho Procesal Penal. Selección de textos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 432.

[187] MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 62-63.

[188] DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 118.

Derecho [189]. Consecuentemente, en tanto se asuma la inadmisiblidad y, en su caso, la no valorabilidad de la prueba prohibida, son dos los efectos de esta postura, hoy ampliamente aceptada. El *primero*, negativo, que significa que la vulneración de las disposiciones que la regulan da lugar a la falta de efectos de la prueba obtenida, a la imposibilidad de apreciación e incluso de aportación al proceso. El *segundo*, positivo, que se concreta en la obligación que a todos produce de respetar la normativa procesal garantista y que, a su vez, conduce a que se cumplan las prescripciones normativas, obligando a que el proceso se someta al derecho, cumpliéndose entonces uno de los pilares del Estado de Derecho [190].

Un interesante razonamiento fue efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el Asunto "Montenegro", que revela el fundamento de la exclusión probatoria. Señaló que: "otorgar valor al resultado de un delito [se refiere al cometido por los agentes del orden al obtener la prueba] y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito" [191]. A ello se agrega, como anota CARRIÓ, el estricto fundamento constitucional de esta concepción –no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la propia Constitución– y, en una lógica práctica, su vigencia brinda la posibilidad de determinar la validez constitucional de ciertas prácticas a partir del papel de control que cumplen los tribunales en esa tarea [192].

La noción de "*prueba prohibida*" se incardina en una institución mayor que es el derecho a la prueba. Este derecho, apunta PICÓ I JUNOY, (1)

---

[189] Como informa Fabricio O. GUARIGLIA ("Las prohibiciones probatorias", en: MAIER, Julio B. J. [Comp.]: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 27), la respuesta más contundente a semejante tesis es la consignada por la Corte Suprema estadounidense en el Asunto "Elkins vs. Estados Unidos" (1960), cuando declaró: "el delincuente queda en libertad, si corresponde, pero es el Derecho el que lo deja libre. Nada puede destruir más rápidamente a un Estado que su fracaso en cumplir con sus propias leyes, o peor, su inobservancia de la Carta de su propia existencia".

[190] LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 281.

[191] CARRIÓ, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 231.

[192] CARRIÓ: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., pp. 236-237.

es de configuración legal aunque constitucionalizado e íntimamente ligado con el derecho de defensa, (2) consiste en que las pruebas pertinentes deben ser admitidas y practicadas por el órgano jurisdiccional, y (3) entre sus límites está no sólo que el medio probatorio debe ser pertinente –que tenga relación con el objeto del proceso– y ejercitado dentro del tiempo y bajo la forma legalmente previstos, sino que además la prueba debe ser lícita, es decir, obtenida sin infringir los derechos fundamentales, pues de lo contrario carecerá de efectos probatorios y no podrá ser subsanada [193]. La idea de limitación preside esta discusión y, por tanto, es del caso –en todo momento– identificar las normas jurídicas que contiene una limitación en la obtención y en la práctica de pruebas.

Cabe señalar, finalmente, que si la Constitución consagra como eje de su estructura institucional la noción de Estado (*vid.* art. 43º Const.), al que le corresponde como un deber primordial garantizar plenamente los Derechos Humanos, sin perjuicio de la defensa de la seguridad ciudadana y la promoción de la justicia, es obvio concluir que está absolutamente prohibido vulnerarlos. Se está, entonces, ante una *garantía jurídica;* esto es, como anota ANDRÉS IBÁÑEZ, "[ante] un conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas [...] bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano, en el derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad a menos que se den algunas circunstancias predeterminadas por la ley; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la Constitución y la Ley lo habiliten para penetrar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas" [194].

II. DEFINICIÓN

1. CONCEPCIONES ACERCA DE LA PRUEBA PROHIBIDA

1. En cuanto a la definición de la prueba prohibida, para la *concepción amplia* una prueba será prohibida cuando es obtenida mediante violación de derechos tutelados por diversas normas, sean estas consti-

[193] PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 143, 146-148.

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

tucionales o con rango de ley, siempre que impliquen una vulneración de la garantía genérica del debido proceso (v. gr.: CONSO, LÓPEZ BARJA, DEVIS ECHANDÍA). Para esta concepción es independiente el efecto que la propia ley asigna a su inobservancia. Se indica al respecto, sobre la base de las tesis de CONSO, que las normas relativas a la prueba –todas ellas– son normas de garantía con fundamento constitucional, pues van dirigidas a garantizar el derecho de defensa del acusado.

2. En cambio, entendiendo que la concepción amplia, como dice PAZ RUBIO, es una desmesurada ampliación del ámbito de la prueba prohibida [195], para las *concepciones restrictivas* será prohibida aquella prueba obtenida o practicada –dentro o fuera del proceso– con violación de derechos fundamentales; es decir, como dice RUIZ VADILLO, cuando se falta en su origen y/o desarrollo a un derecho fundamental [196]. Los límites al derecho a la prueba (*vid.* art. 8º.2.'f' CADH) tienen que suponer una infracción del mismo nivel. Desde esta perspectiva existe, en un segundo nivel, la noción de "prueba irregular o ilícita", que es aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica, y, como tal, tienen como efecto la nulidad de actuaciones, no así las primeras que generan una prohibición de valoración del resultado probatorio [197].

Por "obtención" debe entenderse, siguiendo a ASENCIO MELLADO, toda labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso, incluyendo supuestos de práctica de prueba; comprende, por tanto, no sólo la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, sino también la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto que violan derechos fundamentales, esto es, por pruebas debe entenderse, en un sentido amplio, tanto las fuentes de prueba como los medios de prueba [198].

---

[195] PAZ RUBIO *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 229.

[196] RUIZ VADILLO, Enrique: "La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992 (Cuadernos de Derecho Judicial), p. 81.

[197] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 370.

[198] ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 82. Jaime VEGAS TORRES (*Presunción de inocencia y prueba en el proceso*

En cambio, por "valoración" debe entenderse utilizar el resultado de la prueba en el momento de su ponderación. Por tanto, tratándose de "prueba prohibida", la interdicción está radicada en la exigencia de no apoyar decisiones en conclusiones basadas en pruebas existentes, vale decir, adquiridas o recibidas [199].

3. Lo importante son las consecuencias o efectos procesales de la vulneración de normas constitucionales y de normas ordinarias. En el primer caso se niega por completo valor probatorio a la prueba en cuestión, de suerte que en algún sector doctrinario se dice que son pruebas radicalmente nulas, mientras que en otro se dice que la sanción procesal es la "inutilización" del resultado probatorio [200]. En el segundo caso no necesariamente se anula esa evidencia: si se trata de circunstancias accidentales del acto (acto irregular) o de defectos que permiten su subsanación (acto anulable), tales pruebas no serán procesalmente ineficaces [201]. La inutilización se extiende a las demás evidencias que se deriven de ella, mientras que la nulidad se circunscribe al acto de prueba mismo, no se proyecta a otros.

Es claro, por lo demás, como lo afirmara la Sentencia del Tribunal Constitucional español, que "el problema de la *prueba prohibida* se presenta en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la nece-

---

penal, cit., pp. 120-121) adopta un criterio más amplio –no aceptado por nosotros– al decir que están comprendidos todos aquellos supuestos en los que en la práctica de una prueba procesal se hayan desconocido o vulnerado derechos o libertades fundamentales del inculpado, entre los cuales está el derecho a que en la práctica de la prueba se respeten las garantías de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación.

[199] STRUENSEE, Eberhard: "La prueba prohibida", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, julio-diciembre, Lima, 1994, p. 669.

[200] Es mejor, siguiendo la doctrina y legislación italianas, utilizar el término "inutilizabilidad" para referirse a la sanción procesal que se deriva de la infracción de las prohibiciones probatorias, es decir, como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba prohibida, sea el momento de la admisión del medio de prueba o en el momento de su valoración. *Inutilizabilidad* y *nulidad* operan en ámbitos diferentes, haciendo referencia la primera a la privación de eficacia probatoria de un acto de prueba concreto (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 92). En igual sentido, José María ASENCIO MELLADO (*Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 85).

[201] DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 32.

saria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa o inmediatamente, de la norma primera del ordenamiento".

Asimismo, es de reconocer que el art. 139º.3 Const., en su ámbito de "debido proceso", no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal. Las definiciones en sede nacional de ese concepto son muy amplias, pero no autorizan a estimar que toda norma que disciplina la prueba es de relevancia constitucional. En efecto, la Corte Superior de Lima, en su Ejecutoria de 8 de setiembre de 2000, definió al debido proceso como "todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, por lo que, desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el principio madre o generatriz del cual dimanan todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal" [202]. En esa misma perspectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que el debido proceso es un derecho procesal de rango constitucional (STC de 26 de octubre de 1999, Exp. Nº 189-1999-AA/TC, Asunto "Pesquera Rodga S.A."), y que puede definirse como "... aquel derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de provocar el respeto de un conjunto de principios procesales para que una causa pueda ventilarse y resolverse con justicia" (STC, Exp. Nº 921-98-AA/TC, Asunto "Moisés Widauski Cohen", de 7 de abril de 2000) [203].

4. Por lo demás, la cuestión de la "prueba prohibida", como apunta MORENO CATENA, ha estado y continúa estando acompañada de un gran

---

[202] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, p. 95.

[203] En la doctrina nacional, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN ("El derecho fundamental a un proceso justo", en *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Lima, 2001, pp. 75-76), introduce una noción más amplia de "debido proceso". Este autor considera que un proceso será justo, adicionalmente, si las normas, materiales o procesales, que concurren a solucionar o tramitar el caso concreto –sin perjuicio de hacer mención a una lista de elementos esenciales que lo integran– permiten obtener una decisión objetiva y materialmente justa.

debate doctrinal, cuyo desarrollo se asocia a la evolución de la jurisprudencia estadounidense, a partir de la polémica entre los Jueces CARDOZO y HOLMES [204]. El Juez CARDOZO, en el "caso Defoe vs. Estados Unidos" de 1928, se mostró partidario de admitirla, sin perjuicio de sancionar al autor de la ilicitud, dado que la defensa a ultranza de un derecho fundamental –derecho a la inviolabilidad de domicilio en ese caso– no podía conducir a la absolución del culpable. El Juez HOLMES, por el contrario, en el Asunto "Olmsted vs. Estados Unidos", también de 1928, en un voto particular, señaló que era necesario elegir, y, por lo que a él concernía, prefirió que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia. antes que el gobierno desempeñe un papel indigno, posición última que fue imponiéndose en la jurisprudencia estadounidense.

5. Cabe señalar eso sí, que tal concepción, asociada al fundamento preventivo que la originó (Asuntos "Mapp vs. Ohio" [1961], "Miranda vs. Arizona" [1966] y "Massiah vs. Estados Unidos" [1964]) ha soportado sucesivas matizaciones, al punto que finalmente han devenido en excepciones a la regla (se partía de la idea, según DÍAZ CABIALE, que en determinados supuestos carece realmente de sentido aplicar la *exclusionary rule*, ya que no se logra el objetivo de la misma: prevenir las actuaciones ilícitas de la policía) [205] con la introducción, primero, del

---

[204] MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2286. Anteriormente, la "*illegally obtained evidence*", en el Asunto "Weeks vs. Estados Unidos" de 1914, la Corte Suprema estadounidense prohibió en el proceso penal federal la utilización en un proceso de prueba obtenida mediante una búsqueda y secuestro ilegales, por entender que la admisión de dicha prueba vulneraría la Cuarta Enmienda: protección el domicilio, papeles y efectos contra las búsquedas y secuestros irrazonables. A su vez, en tres Asuntos los extendió a los procesos en los Estados de la Unión: Rochin vs. California (1952), Elkins vs. Estados Unidos (1960) y Mapp vs. Ohio" (1961) (*vid.* GUARIGLIA: "Las prohibiciones probatorias", cit., pp. 18-19). Conforme anota José Antonio DÍAZ CABIALE (*La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 107), el primer precedente de la *exclusionary rule* se encuentra en el Asunto "Boyd vs. Estados Unidos" (1886), en el que, en un supuesto de importación ilegal de mercancías de unos comerciantes de Nueva York, se había obligado a éstos a elaborar una factura especificando la cantidad y coste de la mercancía, que sería utilizada como prueba por la policía federal en un proceso posterior; la Corte rechazó esa prueba por considerar una vulneración de la cuarta y quinta enmienda al obligarse a una persona a producir pruebas en su contra y, luego, a ser testigos contra sí mismos.

[205] DÍAZ CABIALE: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 110.

"*balancing test doctrine*", que postula que la exclusión de las pruebas ilícitas exigirá valorar en cada caso si con ello se contribuiría positivamente a la consecución de aquel fin (Asuntos "Estados Unidos vs. Calandra" [1974] y "Stone vs. Powel" [1976]); y, segundo, del "*good faith exception doctrine*", que precisa que no se excluirá una prueba cuando la Policía, habiendo actuado incorrectamente, lo hizo en la creencia de estar autorizada para llevar a cabo las acciones que consumó (Asuntos "Estados Unidos vs. Leon" [1984] y "Illinois vs. Krull" [1987]) [206].

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

En tanto nos ubicamos en la primera tendencia, es del caso efectuar tres precisiones [207]:

1. Para que pueda hablarse de "prohibición probatoria", la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental.

2. Aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles –a través de su lesión– de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática.

Basta la constatación de la lesión al derecho fundamental para que irremediablemente se entienda que la prueba obtenida a partir del acto ilegítimo debe ser excluida o carece de efectos legales, sin necesidad de acudir a juicio de ponderación alguno. Ello es así, explica PEDRAZ PENALVA, en la medida en que la doctrina de la exclusión de la prueba prohibida

---

[206] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, T. I, p. 335. La Corte Suprema estadounidense en el Asunto "Payner vs. Estados Unidos" (1980) sostuvo que la exclusión de la prueba en cada caso de ilegalidad debe ser sopesada frente al considerable daño que podría surgir de una aplicación indiscriminada de la regla de exclusión" (GUARIGLIA: "Las prohibiciones probatorias", cit., p. 19).

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

se construye en nuestro ordenamiento en términos absolutos, de forma que el respeto hacia los derechos fundamentales conforma un límite inevitable a la actividad probatoria [208].

Un ejemplo interesante es, al respecto, el Asunto "Schenk vs. Suiza" resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 12 de julio de 1988), que trataba de una grabación telefónica ilegal. El Tribunal Federal suizo, en esa ocasión, hizo uso de la regla de proporcionalidad para limitar el efecto de exclusión de dichas grabaciones, sosteniendo que "el interés en descubrir la verdad en un delito sobre la muerte de una persona debería prevalecer sobre el interés de Schenk, en mantener el secreto de una conversación telefónica que no afectaba a su intimidad". En este caso, como aclara MONTERO AROCA, el TEDH señaló que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no regula la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que corresponde ante todo al derecho interno, y sólo le corresponde averiguar si el proceso concreto, considerado en su conjunto, fue un proceso justo, lo que ocurrió en el presente caso, toda vez que no se infringieron los derechos de la defensa –dado que el imputado no ignoraba que la grabación era ilegal y tuvo la posibilidad, que aprovechó, de discutir su autenticidad y de impugnar su uso–, y porque, adicionalmente, la grabación no fue la única prueba en la que se basó la condena [209].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en otra decisión (STEDH, Asunto "Khan vs. Reino Unido", de 12 de mayo de 2000), referente a una interceptación telefónica sin orden judicial, a partir de la cual se imputaron cargos por delito de tráfico ilícito de drogas, precisa como datos de hecho que el demandante había aceptado que la voz en cuestión era suya pero no admitió responsabilidad, a la vez que consideró ilegal el material grabado, pese a lo cual el tribunal inglés le otorgó valor probatorio. En ese caso el TEDH, en el párrafo 34, consideró que

---

[208] PEDRAZ PENALVA: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 335.

[209] MONTERO AROCA, Juan: *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 63-65. El fallo en cuestión –con varios votos singulares–, párrafo 46, anotó: "*Aunque el convenio garantiza en su artículo 6º el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno. El Tribunal no puede, por consiguiente, excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo*".

su función no es la de tratar sobre los errores de hecho o judiciales cometidos por un tribunal interno, a menos y en la medida en que vulneren los derechos y libertades protegidos por el Convenio; agregó que aunque el artículo 6º garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de pruebas, que es ante todo una cuestión de regulación por el derecho interno; asimismo, señaló que no le corresponde determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas obtenidas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no; concluyó reiterando que la pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue justo.

3. Un problema traen los derechos fundamentales de naturaleza procesal (*vid.* art. 139º). En principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional. En todo caso, aquí es esencial el juicio de ponderación o la concepción del ámbito jurídico.

III. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA

Siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES [210], existen dos criterios para clasificar la prueba prohibida: **1.** Por el momento de su producción, y **2.** Por las causas de la ilicitud.

1. *Momento de Producción.* La ilicitud será extraprocesal o intraprocesal. Tiene como base la diferencia expuesta por CARNELUTTI entre fuentes y medios de prueba. En el primer caso –extraprocesal– la infracción ocurre antes del proceso, concretamente en el momento de la búsqueda, recojo y obtención de la fuente de prueba (esto último es una realidad extraprocesal que existe por sí misma, independientemente del proceso). En el segundo caso –intraprocesal– se afecta un acto procesal, es decir, la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso, es decir, la incorporación irregular de medios de prueba.

---

[210] MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., p. 26.

La violación de un derecho fundamental, como dice ORTELLS RAMOS [211], puede producirse en la propia actividad de práctica del medio de prueba, aunque es poco probable que ello ocurra; en cambio, es más probable que se produzca durante la búsqueda y recojo de fuentes de prueba. Esta violación se transmite al medio de prueba, aunque se practique luego con total corrección (v. gr.: prueba pericial sobre bienes conseguidos en un registro ilegal).

2. *Causas de Ilicitud.* ROXIN [212], en cuanto a la producción de la prueba, y sobre la base de la famosa sentencia del BGH de 14 de junio de 1960 que configuró la doctrina jurisprudencial básica en esta materia –"la obligación de esclarecimiento como meta del proceso no rige en forma ilimitada (la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal, Sentencia BGH de 14 de junio de 1960), pues ello entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales"–, subraya las siguientes causas de ilicitud:

a) *Prohibiciones de temas probatorios*: determinados temas no pueden ser objeto de la práctica de la prueba. Un caso relevante es el de los secretos de Estado (art. 184º CPP 1940); otro sería el de las informaciones propias del secreto profesional y aquellas vinculadas al derecho de reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole. La Corte Suprema, por ejemplo, en la Ejecutoria de 18 de enero de 1990 excluyó una prueba al haberse intervenido a una abogada e incautado documentos vinculados a la defensa profesional que desempeñaba [213].

b) *Prohibición de medios probatorios*: determinados medios de prueba no pueden ser objeto de la práctica de la prueba. Un supuesto específico es el de la testifical del testigo-pariente, sin advertírsele del derecho de no declarar, conforme lo dispone el art. 141º del CPP de 1940. La Corte Suprema, reconociendo la superioridad de esa norma, en la Ejecutoria de 9 de diciembre de 1939, declaró ineficaz jurídicamente la declaración

---

[211] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. III (*Proceso penal*), p. 269.

[212] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 191.

[213] Exp. Nº 16-90, Lima (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 142-144.

prestada por la hermana del acusado, por no habérsele advertido del derecho que le asistía conforme a ley para rehusar la declaración [214].

c) *Prohibiciones de métodos probatorios*: determinados métodos de prueba no pueden ser empleados. Un caso típico es el de la interdicción de mecanismos que limitan la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado, tales como torturas o amenazas. Sobre este punto, la Corte Suprema, en la Ejecutoria de 3 de abril de 1998, estableció que la admisión de cargos y la exigencia para firmar un acta de incautación carece de efectos legales si se agrede al detenido para hacerlo [215].

d) *Prohibiciones probatorias relativas*: la prueba sólo puede ordenarse o realizarse por determinadas personas. Un supuesto típico es el de la intervención telefónica, que la Constitución sólo autoriza mediando orden judicial y la ley dispone que debe ser ejecutada por el Fiscal asistido por funcionarios fiscales, de la policía y/o de la compañía telefónica.

Estas limitaciones no hacen sino demostrar, en palabras de HASSEMER, que el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El Derecho procesal penal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos "cuestan" la completa averiguación de la verdad [216].

En esa lógica, el ordenamiento jurídico nacional prevé pruebas expresamente prohibidas (*vid.* arts. 2º.10 y 2º.24 'h' Const.) y aquellas otras en que su exclusión será necesaria como consecuencia directa de la vulneración de un derecho fundamental. La exclusión es absoluta cuando se trata de los denominados derechos fundamentales sustantivos o materiales (v. gr.: derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la libertad personal, etc.), pero cuando se trata de normas procesales constitucionalizadas resultará indispensable un juicio de ponderación, de suerte que debe excluirse una

---

[214] *Revista del Foro*, Nº 1-6, Lima, 1940, p. 384.

[215] Exp. Nº 5049, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 174).

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

prueba cuando importa una falta grave al procedimiento, imprescindible por motivos de tutela jurídica preventiva. Debe considerarse, sólo en este en este último caso, y bajo la teoría germana del "ámbito de derechos", si la lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del individuo o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él, para lo cual se debe estimar, ante todo, el motivo de justificación de la disposición y la cuestión acerca de en interés de quién ha sido creada.

IV. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA

1. EL VALOR PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El fundamento de la exclusión de las pruebas prohibidas, situado en un conflicto de dos derechos de relevancia constitucional –el descubrimiento de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos–, no descansa, como dice la jurisprudencia estadounidense, en el efecto disuasor o profiláctico de las conductas ilegales de los agentes policiales (*deterrence effect*) –quien transgreda los derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas verá sus esfuerzos investigadores condenados al fracaso, sin perjuicio de ser castigado–, que por lo demás es una opción de política legislativa y, por tanto, sujeta a una intensa modulación por presiones sociales.

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, según se ha mencionado, acepta la mencionada doctrina del *deterrence effect*. Así aparece con toda nitidez, en el Asunto "Janis vs. Estados Unidos" (1976), cuando acota: "el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas". Como tal, si bien tiene refrendo constitucional, empero su ubicación constitucional es instrumental o subordinada, de suerte que es una exigencia constitucional en la medida que sirve para prevenir las conductas policiales contrarios a los derechos fundamentales [217]. Es de precisar que algunos otros fallos han reconocido que no existe constatación empírica de este efecto disuasorio [218].

---

[217] Otros fallos emblemáticos, en esa perspectiva, son los recaídos en los Asuntos "Bibens vs. Six Unknown Named Agents" (1971); "Estados Unidos vs. Calandra" (1974).

[218] *Vid.* Asuntos "Bivens vs. Six Unknown Federal Narcotics Agents" (1971); "Estados Unidos vs. Calandra" (1974); y "Stone vs. Powell" (1976).

En el modelo eurocontinental el fundamento de la exclusión probatoria radica en la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico, en el valor supremo que la Constitución les concede. Por tanto, si los derechos fundamentales, dada la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico, son inviolables, el interés en alcanzar la verdad procesal debe necesariamente ceder, como regla general, ante las superiores exigencias que derivan de la efectiva tutela de aquellos. La denominada "función disciplinaria" de la prueba prohibida, propia del modelo estadounidense que, al decir de STRUENSEE, tiene como base una lógica de prevención general y exige una lesión culpable a una norma probatoria, no es de recibo en el proceso penal eurocontinental (y, por extensión, en el nuestro) en tanto que conduce a una limitación del ámbito de aplicación de las prohibiciones de valoración carente de sentido [219].

La necesidad de la regla de exclusión al prohibir la búsqueda de la verdad a cualquier precio fue magistralmente expuesta, como recuerda GÁLVEZ MUÑOZ, por un fallo inglés en 1846, en el Asunto "Pearse vs. Pearse", al decir: "La admisión obligada de todas las pruebas pertinentes y útiles al margen de cómo fueron obtenidas, quizás sea crucial para el conocimiento de la verdad [...] pero la verdad, como tantas otras cosas buenas, si son ansiadas desmedidamente, si son perseguidas demasiado ardientemente, pueden costar demasiado" [220].

2. ÁMBITO DE LA EXCLUSIÓN

En cuanto al *ámbito de la exclusión*, la doctrina es pacífica en reconocer la exclusión probatoria cuando se trata de vulneración directa o indirecta de derechos constitucionales sustantivos (v. gr.: derecho a la libertad personal, derecho a la libertad domiciliaria, derecho a la intimidad, etc.). El problema, sin embargo, viene cuando se trata de la vulneración de derechos constitucionales "procesales": derecho al debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional, presunción de inocencia y derecho de igualdad procesal, en conexión con normas de rango ordi-

[219] STRUENSEE: "La prueba prohibida", cit., p. 675.

[220] GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 63.

nario. Sobre el particular aclara PELLEGRINI, la prohibición tiene naturaleza exclusivamente procesal cuando es puesta en función de intereses atinentes a la lógica y la finalidad del proceso, mientras que tendrá naturaleza sustancial, cuando, aun sirviendo mediatamente también a intereses procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independientemente del proceso [221].

Desde esa perspectiva, unos alegan que tal infracción no constituye prueba prohibida, mientras que otros sostienen que siempre debe considerarse prohibida al estimar que ello vulnera el debido proceso y la igualdad procesal.

Nosotros asumimos, en cuanto a los derechos constitucionales procesales, la postura intermedia, en cuya virtud debe valorarse la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los intereses en conflicto. Resulta imprescindible, en este caso, determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas.

La tesis "intermedia", siguiendo especialmente a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, exige ponderar la trascendencia –y esencialidad– de la infracción procesal atendiendo a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad [222]. Dice al respecto la STSE de 29 de marzo de 1990: "debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza". Es claro, por lo demás, que la lesión de un derecho fundamental procesal se produce inmediatamente, es decir, ese hecho refleja que la lesión se perfeccionó, empero la lesión sólo se consuma cuando tiene trascendencia en el resultado del proceso: no hay lesión de derechos constitucionales procesales en conductas que no tienen trascendencia en el resultado del proceso.

En la jurisprudencia estadounidense, como ya se anotó, se ha tratado de limitar la configuración absoluta de la regla de exclusión: *si se establece la violación de un derecho fundamental, la evidencia causalmente obtenida mediante esa vulneración carece de eficacia jurídica.* Sobre esa base se

---

[221] PELLEGRINI GRINOVER: "Pruebas ilícitas", cit., p. 289.

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

configuraron las doctrinas de la "ponderación de costos" (*Balancing Test*) y de la "buena fe" (*Good faith exception*).

La primera excepción se inicia con el Asunto "Estados Unidos vs. Calandra" (1974). Como quiera que la regla de exclusión tiene un fundamento preventivo, es un remedio judicial, no un derecho constitucional, la "ponderación de costos" implica que cada vez que se pretenda excluir la prueba debe sopesarse hasta qué punto con ello se logra evitar futuras actuaciones ilícitas de la policía, por lo que no merece sacrificar evidencia de gran valor probatorio cuando el efecto preventivo no es claro. Esta concepción en tanto se tome como referencia el valor preferente de los derechos fundamentales y la garantía que dimana del derecho a la presunción de inocencia no puede aceptarse respecto de los derechos fundamentales materiales, aunque con las correcciones de rigor, según lo apuntado líneas arriba, es de evaluarse en el caso de los derechos procesales constitucionalizados.

La segunda, la excepción de buena fe, se consolidó en el Asunto "León vs. Estados Unidos" (1984), y tiene lugar cuando se realiza un acto objetivamente inconstitucional de obtención de evidencias, pero el policía lo hizo en la creencia que lo hacía dentro de la ley, obrando de buena fe. En este caso habrá de tenerse en consideración la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión que se ha producido en la esfera del derecho afectado y, además, la conciencia de la violación; si el agente policía actuó de forma razonable creyendo que lo hacía de conformidad con la Constitución. Ello puede darse en el caso de actuar conforme a una Ley después declarada inconstitucional, o siguiendo una orden judicial después anulada por ilegítima, o cuando se estaba en la creencia –errónea por cierto– de que la concreta actuación podía hacerse como se hizo. Ahora bien, esta excepción debe rechazarse en tanto que, como anota VIVES ANTÓN, los derechos fundamentales no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático[223]; por eso, una objetiva vulneración de los mismos no puede ser pasada por alto en atención a la intención del agente, siempre de difícil concreción.

---

[223] VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 305-306.

3. UBICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INADMISIÓN PROBATORIA

La exclusión de valoración de las pruebas prohibidas, según algunos, se asienta en el derecho al debido proceso y, según otros, en el derecho a la presunción de inocencia. Para nosotros es claro que el juicio de suficiencia de las pruebas, como el juicio de licitud de las mismas, forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia: antes que se valore la suficiencia de las pruebas es necesario que examine su licitud. Este derecho, a final de cuentas, tiene una naturaleza de parámetro que garantiza la existencia y calidad de la actividad probatoria de cargo. Desde esta perspectiva la SCS de 9 de julio de 1999, al definir la presunción de inocencia precisa que ésta sólo puede enervarse en tanto en cuanto la prueba sea válidamente adquirida y actuada o practicada. En igual sentido se pronuncian las SSCS de 21 de mayo de 1999 y de 2 de agosto de 1999.

Sin perjuicio de lo expuesto, siguiendo a DÍAZ y MARTÍN, el art. 139º de la Constitución y, en especial, el art. 2º.24. e), reconocen una garantía constitucional con entidad propia, de contenido procesal: *la inadmisión de la prueba prohibida*, en cuya virtud no puede existir tutela jurisdiccional efectiva si se logra a través del menoscabo de derechos e intereses a los que nuestra Constitución otorga un valor preferente [224]. Pero, en concreto, es de acotar que esta garantía se ubica en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia: la prueba debe realizarse a través de los medios que sean constitucionalmente legítimos, derecho que atiende no sólo a la forma en que la prueba se practica en el proceso, sino que debe rastrearse su origen, incluso extraprocesal.

Sobre esa base la Corte Suprema entendió que la presunción de inocencia exige que la actividad probatoria sea válidamente adquirida y practicada con respeto de las garantías procesales correspondientes. En varios fallos agregó que para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere que en el proceso exista una mínima actividad probatoria que

---

[224] DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 28. Es de insistir, con DÍAZ CABIALE (*La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 117), que la imposibilidad de valerse de pruebas que lesionaron un derecho fundamental es una concreción más de la presunción de inocencia, y por tanto importa el mismo desarrollo de la esencia de un derecho fundamental, que no derecho subjetivo.

justifique la expedición de una condena justa, que se sustente en pruebas actuadas con las debidas garantías procesales, lo que constituye no sólo un derecho fundamental de toda persona, sino además un principio de la función jurisdiccional [225].

Es de recordar a este respecto las afirmaciones de VÁSQUEZ SOTELO sobre la presunción de inocencia: ésta se encuentra jurídicamente configurada como una garantía constitucional del proceso y como un derecho fundamental del ciudadano [226].

Dicho con mayor precisión, el nivel en que se asienta la presunción de inocencia, en orden al tema tratado, es el normativo (el otro nivel, el fáctico, comprende tanto la acreditación de hechos descritos en un tipo penal, cuanto la acreditación de la intervención en el hecho de una persona), dado que éste abarca –fuera de la exigencia de una estructura racional de la convicción del juzgador– la regularización en la obtención y producción de la prueba [227].

Conviene insistir, con PEDRAZ PENALVA, en lo siguiente: 1) Que el derecho a la presunción de inocencia despliega uno de sus efectos en la determinación de cuáles son las pruebas válidas para desvirtuar la inocencia: licitud y regularidad. 2) Que se infringe este derecho si la condena se basa, exclusivamente o de modo esencial, en pruebas lesivas a los derechos fundamentales. 3) Que si bien la presunción de inocencia está íntimamente relacionada con el debido proceso, en tanto que las pruebas que desvirtúan la inocencia deben haber sido obtenidas con todas las garantías, existe un margen autónomo para apreciar la

---

[225] Ejecutorias supremas de 21 de mayo de 1999, Exp. Nº 453-99, Lima; y, de 2 de agosto de 1999, Exp. Nº 227-99, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 223). En igual sentido, las Ejecutorias supremas de 15 de octubre de 1999, Exp. Nº 2509-99, Lima; y, de 9 de julio de 1999, Exp. Nº 706-99, Lima (*Normas Legales*, T. 287, abril, Trujillo, 2000, pp. A-70/A-72; y *Normas Legales*, T. 281, octubre, Trujillo, 1999, pp. A35-A37, respectivamente).

[226] VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 280.

[227] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 423. En igual sentido se pronuncia Faustino CORDÓN MORENO (*Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 156): "...se exige que la condena venga fundada en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales ... [que] las pruebas de cargo sean válidas ...".

primera, que se da cuando –además de pruebas inconstitucionales– existen otras pruebas de cargo válidas e independientes que permitan un juicio de culpabilidad [228].

En rigor, lo correcto –siguiendo a los italianos– es apartarnos de la moción de nulidad procesal cuando se trata de prueba prohibida. La sanción procesal en este caso es de "i*nutilizabilidad* de la prueba": prohibición de admisión y valoración de la prueba prohibida, cuyos efectos se dan tanto en la fase de admisión del medio de prueba cuanto en el de su valoración o apreciación judicial. Como dice SILVA MELERO, cuando los medios de prueba son prohibidos no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta [229]. Una prueba prohibida es, sustantiva o constitucionalmente, impertinente (STCE, 29 de noviembre de 1984). Lo característico de la prueba prohibida es su carencia de validez y eficacia probatoria.

Como dice GÁLVEZ MUÑOZ, la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales de la persona no puede tener eficacia alguna en el proceso. No puede ser objeto de valoración alguna en el proceso, no constituye en sentido estricto prueba judicial válida, por lo que debe reputarse inexistente. Como tal: **a)** es *insubsanable,* esto es, no puede ser convalidada de ninguna manera, ni mediante otra diligencia procesal posterior, ni mediante la aquiescencia explícita o implícita del perjudicado por aquella ilicitud, dado que la "regla de exclusión" es imperativa, aunque es de aclarar que en determinados casos –siempre que existan condiciones legales para ello– es posible volver a obtener la prueba cuestionada mediante la reiteración de la diligencia correspondiente (un caso típico –como menciona SCHLÜCHTER– es la F*ortwirkung* germana relacionada con un interrogatorio posterior realizado correctamente, en cuya virtud si el inculpado ha mostrado otra actitud tras la supresión del influjo prohibido, entonces no existe efecto extensivo alguno[230]); **b)** *la ineficacia de la prueba no trasciende al plano fáctico*, lo que significa que si bien los hechos descubiertos inconstitucionalmente no sirven para

---

[228] PEDRAZ PENALVA: *Derecho procesal penal,* cit., T. I, pp. 333-334.

[229] SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal,* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 70.

[230] SCHLÜCHTER, Ellen, *Derecho procesal penal,* Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 49.

sustentar una prueba válida, ello no significa que no existieron en la realidad o que son otros distintos, de suerte que eventualmente es posible tanto su acreditación por otros medios de prueba (v. gr.: confesión), cuanto que, por ejemplo, la incautación inconstitucional de bienes prohibidos o controlados no exija su levantamiento y entrega al culpable; y, c) excepcionando la prueba independiente, por lo general *la exclusión se extiende a todas aquellas evidencias conseguidas o practicadas de forma lícita* que se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos en la práctica de una diligencia inconstitucional [231].

Esta inutilizabilidad, empero, se excepciona en los supuestos *in bonam partem o in utilibus*, es decir, cuando la prueba prohibida aporta elementos de descargo para el imputado. Es una eficacia limitada a acreditar la inocencia del imputado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso.

V. EXTENSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. En cuanto a la extensión o límites de la prueba prohibida, la polémica radica en determinar si la prohibición de valoración debe alcanzar exclusivamente a la prueba prohibida (*original evidence*) o si debe abarcar –como principio general– a todas aquellas pruebas que, aun obtenidas o practicadas de forma lícita, tengan su origen en la primera, esto es, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas (*derivative evidence*).

2. A esto último se denomina –siguiendo al Juez FRANKFURTER al fallar el Asunto "Nardone vs. Estados Unidos" en 1939– "*the fruit of the poisonous tree-doctrine*" o doctrina del fruto del árbol envenenado (el vicio de la planta se transmite a todos sus frutos), o "doctrina del efecto reflejo, indirecto o expansivo", que en derecho alemán se denomina

---

[231] GÁLVEZ MUÑOZ: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 147-155.

"*Fernwirkung*" [232]. Es de entenderse, desde nuestra concepción, que la opción por el efecto expansivo de la prueba prohibida no es más que una consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, a partir de la cual se procura otorgar el máximo de protección a los mismos y, por ello, dicha doctrina es de recibo en nuestro ordenamiento procesal. Una razón práctica en pro del efecto expansivo la proporciona ROXIN, al indicar que de no ser así las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente y estimularía prácticas prohibidas que vaciarían de contenido las normas que las instituyen [233].

Nuestra Corte Suprema, siguiendo el planteamiento español (*vid.* art. 11º.1 LOPJ de España), en la Ejecutoria de 16 de abril de 2002 consideró que la ineficacia probatoria se extiende a las evidencias obtenidas no sólo con vulneración directa de los derechos fundamentales, sino también *indirecta* [234]. Esta última expresión, señala ASENCIO MELLADO, acoge la teoría en cuestión que, resumidamente, quiere afirmar que no es posible valorar a los efectos de dictar una sentencia condenatoria una prueba que, aun procediendo de un medio legítimamente obtenido, tenga su origen en otro obtenido con infracción de los derechos fundamentales [235].

3. Lo básico para determinar el alcance de este efecto consiste en acreditar la relación de causalidad, la conexión causal, entre la prueba

---

[232] El precedente de ese fallo, fue el Asunto "Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos" (1920), en el que la Suprema Corte decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. La expresión "fruto del árbol venenoso o envenenado" fue utilizada por primera ves en el Asunto "Nardone vs. Estados Unidos" (1939), al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones; y, fue seguida, por ejemplo, en otros tres asuntos relevantes: "Wong Sun vs. Estados Unidos" (1963), "Brown vs. Illinois" (1975), "Davis vs. Mississippi" (1962), y "Ceccolini vs. Estados Unidos" (1978) (*vid.* CARRIÓ: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., p. 238). Los precedentes germanos permiten sostener que su aplicación en dicho país es muy restrictiva (SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 49).

[233] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 205-206.

[234] Exp. Nº 4439-2001, Puno (*Normas Legales*, T. 312, mayo, Trujillo, 2002, pp. A30-A35).

[235] ASENCIO MELLADO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 131.

prohibida y la prueba lícita que deriva de la anterior, esto es, el carácter de consecuencia del segundo acto en relación con el primer acto, la relación de causa-efecto. No existen reglas apriorísticas al respecto, sino debe examinarse y analizarse con rigurosidad cada caso concreto. MAIER, al respecto, propone el método de la "supresión mental hipotética": se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato [236].

4. El problema esencial en materia de prueba prohibida consiste en delimitar los alcances del "efecto extensivo" de la inutilización o declaración de ineficacia procesal de los actos de prueba subsiguientes al acto de prueba inconstitucional. ¿Existen excepciones a la exclusión de la prueba refleja? Parecería que, siguiendo a RIVES SEVA, la respuesta debe partir de si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas [237]. Una tendencia en este exclusivo ámbito, que ineludiblemente apunta a restringir los alcances del efecto extensivo, estriba en entender que la desconexión causal no sólo tiene un ámbito natural, sino que es del caso apreciar concurrentemente una necesaria desconexión jurídica o normativa.

Hoy por hoy, pese al diferente fundamento de la jurisprudencia estadounidense –mera prolongación procesal del derecho constitucional sustantivo–, ésta tanto en España cuanto en Alemania se está tomando como base para introducir excepciones. El factor de excepción se mide a partir de una "ponderación de intereses", vale decir, el coste de la exclusión de la fuente de prueba frente al efecto disuasorio que provoca esa exclusión. Por tanto, si con la exclusión probatoria no se previene una conducta policial ilícita no existe imperativo constitucional alguno para impedir el exceso de la prueba que se logró a través de la lesión de un derecho fundamental.

2. EXCEPCIONES AL EFECTO EXTENSIVO

1. Un elemento descriptor delimitativo, pero que por su propia naturaleza no puede ser una limitación o excepción a la regla general, es

---

[236] MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 701.

[237] RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 77.

la denominada "fuente independiente" (*independent source*), configurado expresamente por la Suprema Corte estadounidense en el Asunto "Bynum vs. Estados Unidos" (1960). Mediante esa decisión se excluyeron las huellas dactilares de un detenido ilegalmente, no así las que se encontraban en los archivos de la policía cuando se procesa al imputado. De igual manera, sigue esta doctrina el Asunto "Segura vs. Estados Unidos" (1984), que se trató de un allanamiento sin orden judicial, a través del cual la policía detuvo a sus ocupantes y permaneció varias horas en el lugar hasta que obtuvo el mandamiento judicial, el mismo que se consiguió a partir de datos preexistentes al allanamiento. La Corte en este caso sólo excluyó lo que se incautó en la entrada inicial [238]. La ruptura del nexo causal en este supuesto es manifiesta, por lo que, en propiedad, no es una excepción.

Es de insistir que si se identifican pruebas que jurídicamente son independientes de aquellas pruebas aquejadas de ilicitud constitucional, no se está ante una excepción al efecto extensivo de la prueba prohibida. Claro está, como previene PEDRAZ PENALVA, para determinar si no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia debe determinarse si, excluidas éstas del resto de las pruebas puede inferirse de forma no arbitraria y suficientemente sólida todos los hechos que, declarados probados, pueden sustentar una condena [239].

2. En verdad, una primera excepción al efecto reflejo está constituida por la doctrina denominada "*nexo causal atenuado*". A través de dicha doctrina se llega a la convicción de que una prueba no se habría obtenido de no haberse producido la lesión al derecho, pero se estima –para no excluirla– que debe haber una diferenciación entre la lesión del derecho y la obtención de la prueba derivada. En el Asunto "Wong Sun vs. Estados Unidos" (1963), la Suprema Corte estadounidense tuvo en cuenta: 1) que se produjo un allanamiento ilegal que implicó la detención de A, quien acusó a B de haberle vendido droga; 2) que, luego, se en-

[238] A ella siguió el Asunto "Oregon vs. Elstad" (1985). Igual criterio acogió la Corte Suprema de Justicia Argentina en el Asunto "Rayford" (13 de mayo de 1986), reiteradas en los asuntos "Ruiz Roque" (1988) y "Daray" (1995), en el que precisó que no debía excluirse una prueba en tanto era producto de un camino o curso de investigación distinto a la que dio origen a la prueba ilegítima. Se exige no un juicio hipotético sino la realidad de una investigación distinta.

[239] PEDRAZ PENALVA: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 336.

contró la droga a B, quien a su vez implicó a C, quien fue consecuentemente detenido fruto de la ilegalidad inicial; y, 3) que, varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, C llevó a cabo una confesión voluntaria ante los agentes que lo interrogaron. Sobre tales datos, la Corte rechazó todas las pruebas salvo la última confesión, recalcando que la voluntariedad del confesante, al que inclusive se le advirtió de sus derechos, introducía en el supuesto un acto independiente sanador que rompía la cadena con la lesión inicial.

3. La segunda excepción es la denominada "descubrimiento inevitable" (*inevitable discovery doctrine* o *hipothetical independent source rule*) [240]. Según ella no cabe la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión. La Suprema Corte estadounidense concibió esa doctrina en el Asunto "Nix vs. William" (1984), que está referida a una confesión obtenida ilegalmente que a su vez reveló el paradero de la víctima del asesinato, cuando un grupo de 200 voluntarios estaba ya buscando el cuerpo según un plan que incluía la zona donde se encontraba el cadáver. Se señaló en ese caso que debe demostrarse un "estándar de preponderancia" de que la prueba se habría obtenido más allá de cualquier conjetura o duda [241].

Una aceptación explícita de dicha doctrina ha sido plasmada por el Tribunal Supremo español en su sentencia 974/1997, de 4 de julio. Se anotó en esa ocasión que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una intervención telefónica practicada a través de una orden judicial reputada inconstitucional (intervención que permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga), dado que se tenía

---

[240] Entre ambas denominaciones, la diferencia se encuentra en la respuesta a la pregunta de si la prueba cuestionada hubiera sido obtenida con toda seguridad, sin género de dudas (*inevitable discovery exception*), propia del Asunto "Nix vs. Williams", o si la respuesta sería "probablemente sí", aunque con un margen mínimo de dudas (*hipothetical independent source rule*), propia del Asunto "Estados Unidos vs. Crews".

[241] La Suprema Corte de Justicia estadounidense, en el Asunto "Brewer vs. Williams" (1977), admitió antes esa excepción para casos en que se acreditara por el Estado: a) Que la policía no había actuado de mala fe y con el propósito de acelerar la investigación recurriendo a un medio ilegal; y, b) que efectivamente la prueba no podía haber permanecido oculta (CARRIÓ: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., p. 254). Otro asunto relevante es el "Estados Unidos vs. Crews" (1980).

información antelada que era habitual en la comercialización de droga, seguimiento que habría conducido inevitablemente a descubrir la reunión celebrada en una cafetería de la localidad. La Sala Penal consideró que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada en un lugar público y sujeto a la vigencia del grupo de agentes que procedían al seguimiento de la acusada [242].

Por lo demás, ROXIN se muestra conforme con esta excepción, al decir: "Por el contrario, se debe insistir en que la valoración de pruebas indirectas sólo puede entrar en consideración [...], cuando conforme al desarrollo precedente de las investigaciones ellas también hubieran sido obtenidas, muy probablemente, sin violación de las reglas del procedimiento" [243]. Aquí debe tomarse en consideración el estado de la investigación, las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, de las que cabría entender que el investigador hubiera actuado de la misma manera sin la información viciada; en este supuesto, es cierto, se constata la debilidad –no su rechazo– del nexo causal de unión, dada la existencia de otros datos o elementos fácticos que permiten inferir razonablemente que el resultado probatorio se habría obtenido, en realidad, muy probablemente, sin la ayuda de la información inconstitucional [244].

4. La jurisprudencia constitucional española, según precisa JAÉN VALLEJO (por todas: STC Nº 136/2000, de 29 del mayo), a partir de la STC Nº 81/1998, inicia el camino de las excepciones en materia de efecto extensivo de la prueba prohibida construyendo una doctrina de pretendidos efectos sistemáticos, a la que denominó "*juicio de conexión de antijuricidad*" [245]. Según ella no sólo resulta necesaria una conexión o relación natural entre una prueba inconstitucional y las pruebas restantes o derivadas, lícitas en sí mismas o intrínsecamente constitucionales (obtenida a partir, según se anotó, de la concepción de la "supresión mental hipotética"), sino que además es menester constatar que se dé entre ellas una conexión de antijuricidad.

---

[242] CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 1017.

[243] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 206.

[244] GÁLVEZ MUÑOZ: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 186-187.

[245] JAÉN VALLEJO, Manuel: *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*, Horizonte, Lima, 2001, pp. 70-77.

En este caso el juicio de antijuricidad se aprecia atendiendo conjuntamente al acto lesivo del derecho fundamental materializado en la prueba originaria y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo materializadas en la prueba originaria y de su resultado, como desde una perspectiva externa, a saber, la de las necesidades esenciales de tutela exigidas para la efectividad de ese derecho (FJ 4, STC Nº 81/1998). Cabe precisar que en ese último ámbito se destacan como fundamento las necesidades de disuasión, en tanto pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental implicado (FJ 6, STC Nº 81/1998).

Por esa vía, como critican DÍAZ y MARTÍN: **1)** Se incorpora la doctrina americana de la "*fuente independiente*", pues reconoce que cabe una diferencia entre "pruebas diferentes o derivadas" pero conectadas o vinculadas con la prueba prohibida, en cuanto deriva de esta última, con las denominadas "pruebas independientes", es decir, de aquellas otras pruebas que no guardan conexión causal con la originaria prueba prohibida). **2)** También se incorpora la doctrina del "*nexo causal atenuado*", donde se diferencia, por ejemplo, el allanamiento inconstitucional de un domicilio de la ulterior confesión del dueño de casa e imputado en el proceso penal. **3)** Asimismo, se acepta la doctrina del "*descubrimiento inevitable*". Por medio de tal construcción jurídica, indican los autores, el Tribunal Constitucional español busca una desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba, y hace una diferencia entre dependencia natural y dependencia jurídica, pero contradictoriamente se sitúa en el plano de los derechos sustantivos o materiales constitucionales, olvidando que la prueba prohibida tiene una naturaleza de garantía procesal constitucionalizada y que, por tanto, no puede homologar las consecuencias que se derivan del tratamiento de un derecho sustantivo con el de un derecho procesal [246]. De otra postura, aceptando las dos últimas excepciones se encuentra GÁLVEZ MUÑOZ [247].

Una posición interesante, aunque compleja y no coincidente con estos postulados, es la mantenida por BUSTAMANTE ALARCÓN, cuando se-

---

[246] DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pp. 127-134.

[247] GÁLVEZ MUÑOZ: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 186-199.

ñala que "...*como regla general cuando la obtención ilícita del medio probatorio y/o de la fuente de prueba incide, necesariamente, en la pérdida de veracidad o credibilidad del medio y/o de la fuente así obtenida, entonces la 'prueba ilícita' no debe tener eficacia probatoria e incluso debe ser excluida del proceso o procedimiento [...]. En cambio, cuando a pesar del modo ilícito en que se obtuvo el medio y/o la fuente de prueba, ello no lesiona su veracidad o credibilidad, entonces el juzgador deberá proceder conforme a los puntos anteriores para decidir si admite o reconoce eficacia probatoria...*" [248]. Empero, es de considerar que no se trata de pérdida de veracidad o de credibilidad sino de objetividad de una concreta lesión de un derecho fundamental, y –directa o indirectamente– de los problemas de causalidad, natural y jurídica, que ello acarrea a la fuente o medio de prueba obtenido o practicado y a sus efectos reflejos.

[248] BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal", en: *Cáthedra Discere*, Nºs 8-9, Lima, 2002, p. 69.

CAPÍTULO XXVIII
VALORACIÓN DE LA PRUEBA

SUMARIO: **I.** El principio de la verdad procesal. **II.** El principio de la libre valoración: 1. Concepto. 2. Alcance de la libre valoración. 3. Libre valoración y presunción de inocencia. **III.** El principio de solución de la incertidumbre. **IV.** Otras reglas valorativas: 1. Precisiones. 2. Declaraciones de la víctima. 3. Declaraciones de coimputados. 4. Imputaciones de colaboradores o arrepentidos.

I. EL PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL

Uno de los fines o funciones del proceso y, en rigor, un principio en materia probatoria, es el hallazgo de la verdad objetiva. El procedimiento penal procura llegar a conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva, esto es, de la imputación dirigida a una persona. Julio MAIER sostiene al respecto que esta función sólo debe de ser considerada como un ideal, o sea como un objetivo al que tiende el procedimiento penal, que constituye una de sus razones de ser, pero que, en un proceso concreto, puede no ser alcanzada, sin que ese procedimiento carezca de sentido [249].

La *verdad judicial*, como apunta FERRAJOLI [250], es una verdad aproximativa del ideal ilustrado –de la época de la ilustración– de la perfecta correspondencia. Como tal, explica, tiene algunos límites específicos, derivados del hecho de que el juez examina no los hechos delictivos

---

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

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

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

Este principio de la *verdad judicial* o *forense*, aun cuando tiene fundados límites, exige que el caso judicial no debe estar construido sobre datos que no existan y que no debe faltar ninguno de los que sean relevantes, de ahí que las normas jurídicas que regulan la prueba se asientan en la racionalidad de una metodología empírica; por consiguiente, una cuestión de hecho relevante para el caso debe quedar fijada en la convicción judicial o probada cuando es conforme según un criterio empírico. Señala HASSEMER que a un caso erróneamente construido sólo puede seguir una sentencia "injusta", pues ésta habrá resuelto un caso distinto al que realmente subyace a la misma. Para evitar dicha injusticia es que la ley ha estructurado los modelos de comprensión escénica: contradicción efectiva, igualdad de armas, publicidad, oralidad, inmediación, etc. (251).

II. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN

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

(251) HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, cit., pp. 180-182.

do valora las pruebas, mientras que el segundo se circunscribe a la solución jurídica que prescribe nuestro ordenamiento jurídico en aquellos supuestos en los que la actividad probatoria presenta un equilibrio de pruebas de cargo y de descargo.

1. CONCEPTO

La *valoración de las pruebas* reconoce, según VÉLEZ MARICONDE [252], tres sistemas: íntima convicción, prueba legal y libre convicción o sana crítica racional. La *íntima convicción* implica de consuno: **a)** inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba; y, **b)** que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio. Se trata de un sistema propio del jurado de conciencia, de jurados populares.

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

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

---

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

queable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano [253].

Los Códigos de 1940 y de 1991 (arts. 283º y 193º, respectivamente) nos dicen que la valoración de la prueba se hace con *criterio de conciencia*. Este vocablo, apunta GARCÍA RADA, fue introducido por Mariano H. CORNEJO en el derogado Código de Procedimientos en Materia Criminal y mantenida por ZAVALA LOAIZA en el Código de 1940, quien señaló que este método daba mayor flexibilidad al juzgador y le permitía lograr una más exacta apreciación de las pruebas, "en tanto representa el libre examen de la prueba, la crítica reflexiva no sujeta a reglas que cohíban la conciencia del Juez, quien debe proceder conforme a su íntima convicción, pero fundamentando sus resoluciones con las razones que lo han determinado a pronunciarse en uno u otro sentido" [254].

Según GARCÍA RADA el criterio de conciencia es una conquista para la evaluación de las pruebas, acorde con el sistema de la libre apreciación judicial [255]. Esta concepción ha sido interpretada por la Corte Suprema señalando que: "El Juzgador debe utilizar el *criterio de conciencia* mediante un adecuado razonamiento lógico-jurídico que le permita llegar a la certeza y verdad legal, en la cual debe estar plenamente convencido de que el acusado resulte ser el responsable del ilícito que se le atribuye" [256].

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

---

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

[254] Cfr. ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El proceso penal y sus problemas*, Lima, 1947, p. 43.

[255] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 299.

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

denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados [257].

La Corte Suprema, desde esta perspectiva, en un fallo reciente de múltiples efectos –que resume mucho de que lo estamos postulando– declaró que: "Es exigencia procesal que los fallos condenatorios reflejen el juicio racional y lógico de parte de los juzgadores en donde por la fuerza de la carga probatoria se quiebre la presunción de inocencia, pudiendo considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que haya sido obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales directa o indirectamente (ello incluye la inutilización de las pruebas reflejas) y haya sido practicada en el plenario o juicio oral. *Y cuando se trata de prueba preconstituida que ésta resulta imposible su reproducción siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción.* Para ello se requiere que la valoración del conjunto de las pruebas se inicie desde una calificación de la validez o licitud de cada prueba practicada y luego la ponderación de la eficacia, capacidad persuasiva, o fuerza convincente del conjunto según las reglas de la sana crítica" [258].

En este sistema, precisa GÓMEZ ORBANEJA, se requiere –para que la sentencia declare un hecho como probado– el pleno convencimiento del juez; sólo en los hechos de que quede efectivamente convencido, podrán basarse los efectos jurídicos que el derecho les atribuya; no basta la probabilidad, la verosimilitud o la sospecha [259]. En este mismo sentido, la Corte Suprema ha dejado sentado que las pruebas deben producir plena convicción respecto a la comisión del delito denunciado, así como de la culpabilidad atribuida al agente [260]; de igual manera, ha establecido que la imposición de una pena requiere criterio de certeza en el juzgador, como resultado de probanza plena y fehaciente que acredite inobjetablemente la responsabilidad del acusado [261]. En esa

---

[257] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 381.

[258] Ejecutoria suprema de 16 de abril de 2002, Exp. Nº 4439-2001, Puno (*Normas Legales*, T. 312, mayo, Trujillo, 2002, pp. A30-A35).

[259] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 277.

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

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

misma línea el Supremo Tribunal ha precisado que por conjeturas imprecisas no cabe condena alguna, pues las pruebas judiciales tienen que ser plenas y consiguientemente fehacientes [262].

El convencimiento judicial debe reflejarse en la sentencia de acuerdo a una efectiva motivación, la cual –sostiene CAFFERATA NORES– requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la *descripción* del elemento probatorio (v. gr.: el testigo dijo tal o cual cosa) y su *valoración crítica*, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya [263].

El supremo Tribunal ha recordado que, primero, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en hechos debida y suficientemente probados [264]; y, segundo, que el juicio de responsabilidad requiere de un razonamiento lógico-jurídico que le permita llegar al juez a la certeza y verdad legal, utilizando el criterio de conciencia a que hace referencia el art. 283º del Código de Procedimientos Penales al apreciar la prueba [265].

De otro lado, la jurisprudencia nacional ha delimitado el alcance jurídico del criterio de conciencia, sosteniendo: 1. Que el criterio de conciencia no autoriza para variar o no aplicar la ley penal [266]. 2. Que no es dable confundir la libertad de que gozan los tribunales para apreciar con criterio de conciencia los hechos que determinan la absolución o la condena, con la arbitrariedad al aplicar la ley o al interpretarla [267].

2. ALCANCE DE LA LIBRE VALORACIÓN

Si bien en el procedimiento penal contemporáneo no existen pruebas tasadas o de valoración legal y, por tanto, el juez no está vinculado a

---

[262] Ejecutoria suprema de 3 de octubre de 1988, Exp. Nº 472-88, Lima (*Normas Legales*, T. 207, agosto, Trujillo, 1993, p. 426).

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

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

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

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

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

una determinada disposición probatoria, ello no significa que la valoración está sometida al libre arbitrio judicial, sino que se trata de una "discrecionalidad jurídicamente vinculada". El Juez, en principio, sólo puede evaluar auténticas pruebas, legítimamente incorporadas, y debe utilizar criterios de valoración racionales, desestimando por completo las apreciaciones puramente subjetivas o que vulneren las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos.

ROXIN, sobre la base de la jurisprudencia alemana, precisa lo siguiente: **1.** Que el Tribunal es libre frente a las declaraciones testificales, incluso frente a las realizadas bajo juramento. **2.** Que el Juez puede creer en lo que ha declarado el acusado, frente a una mayoría de testigos de cargo bajo juramento. **3.** Que el Juez no está vinculado a ningún tipo de documentos. **4.** Que el convencimiento del Tribunal puede fundarse también en una prueba de indicios. El Juez, sin embargo, está vinculado por las leyes del pensamiento y de la experiencia [268].

De igual modo, es de tener presente que, inclusive, el juez no está atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, de suerte que la pericia se aprecia según las reglas de la crítica y el criterio de conciencia que autoriza la ley, desestimando de este modo reconocer al perito la condición de juez de jueces [269]. Empero, es de aclarar que si bien el órgano jurisdiccional puede llegar a conclusiones divergentes a las postuladas en la pericia, sólo es admisible separarse de su contenido si proporciona una explicación razonada o razonable.

3. LIBRE VALORACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

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

Conforme se señaló inicialmente la presunción de inocencia, en tanto derecho fundamental, exige que sólo pueda desvirtuarse en la

---

[268] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 105-107.

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

medida en que en el proceso penal se lleve a cabo una mínima –en el sentido de 'suficiente'– actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado [270]. Es de tener presente, como consecuencia de lo expuesto, que "el juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso y sólo sobre los resultados de ésta puede apoyar el juicio fáctico de la sentencia, con independencia de que los resultados de la valoración de la prueba coincidan o no con su convicción personal acerca de la certeza de los hechos" [271].

La necesaria primacía del derecho fundamental a la presunción de inocencia importó de hecho una reconceptualización de la libre valoración de la prueba. Ésta requiere, siguiendo a Juan IGARTUA SALAVERRÍA [272], que se cumplan tres requisitos esenciales: **1.** Que la fuente de información utilizada por el juez en su razonamiento sea una *prueba* en el sentido y reconocimiento que la ley fija, por tanto no es legítimo condenar con prueba inexistente, no se puede valorar la nada o el vacío probatorio más absoluto; desde esta perspectiva, *prueba en conciencia* quiere decir, por supuesto, libertad de apreciación de la prueba, pero en manera alguna prescindiendo de la prueba, desde la obligada distinción entre medio y resultado. **2.** Que además de presencia formal de pruebas, es necesario que éstas sean *congruentes* con lo que ha de probarse, es decir, que el resultado de la prueba sea tal que pueda racionalmente considerarse de cargo; no basta, por tanto, que se haya practicado prueba e, inclusive, con gran amplitud, sino que ésta contenga elementos incriminatorios respecto de la participación del imputado en el hecho. **3.** Que las pruebas congruentes arriba señaladas, sean *suficientes* para fundamentar el juicio de culpabilidad del procesado.

La Corte Suprema, si bien no ha razonado muy ampliamente sobre el tema, recientemente ha impuesto un criterio rector para la

---

[270] La Corte Suprema ha estipulado, en esa misma línea que: "Es derecho de toda persona el ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos que acrediten de manera clara e indubitable la responsabilidad del imputado" (Ejecutoria suprema de 14 de enero de 1999, Exp. Nº 4588-98, Lima [CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 347-348]).

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

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

fundabilidad de una sentencia condenatoria. En *primer lugar,* proclama que es derecho de toda persona el ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, citando expresamente el art. 2º.24.'e') de la Constitución; y, en *segundo lugar,* estipula que la sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos de prueba que acrediten de manera clara y convincente la responsabilidad del imputado en los hechos investigados (querrá decir 'juzgados'), por lo que a falta de tales elementos procede la absolución [273]. La prueba debe ser suficiente, debe acreditar los cargos fehacientemente para sostener una sentencia condenatoria, cuya contundencia permite destruir la presunción constitucional de inocencia [274].

La Corte Superior de Lima ha fijado una posición afín a la expuesta en dos resoluciones muy interesantes. En la primera sancionó que "son las partes acusadoras las que deben desplegar una mínima actividad probatoria para desvirtuar la presunción de i*nocencia, no pudiéndose entender de ninguna manera por actividad mínima o suficiente la utilización de meros actos de investigación, en este caso el atestado policial... que en puridad no constituye medio de prueba*" [275]. En la segunda enfatizó que *"los imputados gozan de una presunción* juris tantum; *por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada, por lo que las pruebas para ser tales deben haberse actuado con escrupuloso respecto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales pues de lo contrario son de valoración prohibida*" [276]. Esta perspectiva finalmente ha sido asumida por la Corte Suprema al precisar en la Ejecutoria de 24 de setiembre de 1999 que la "valoración de pruebas en el juicio oral conforme al criterio de conciencia, establecido en el artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, supone que la base fáctica de la sentencia no puede basarse sobre prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales; que teniendo en cuenta a lo anterior, la mis-

---

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

[274] Ejecutoria suprema de 29 de marzo de 2000, Exp. Nº 5165-99, Lambayeque (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal,* cit., pp. 428-430).

[275] Ejecutoria superior de Lima de 4 de diciembre de 1997, Exp. Nº 2443-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario,* cit., p. 56).

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

ma se realizará con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica" [277].

Por otro lado, y como quiera que no existe una soberanía absoluta del juzgador de instancia, es de entender que el Supremo Tribunal en uso de su facultad revisora está autorizado a comprobar la racionalidad y la conformidad con las reglas de la experiencia de la valoración de la prueba realizada por el indicado juzgador de instancia. Así fiscalizará, por ejemplo, en la *prueba indiciaria* el engarce lógico entre los indicios y los hechos que, a partir de ellos, se tratan de fijar, y en la *prueba directa*, que su valoración esté sujeta a los dictados de la lógica y de la razón [278].

El control impugnatorio estaría presente respecto de todas aquellas inferencias o deducciones realizadas por el juzgador de instancia a partir de los hechos percibidos directamente en el juicio oral, es decir, de la infraestructura racional de la formación de la convicción; y, como apunta MIRANDA ESTRAMPES, lo haría para determinar si las citadas inferencias o deducciones se ajusta o no a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, extremos que no dependen de la inmediación [279]. El control se extiende, también, al control de la suficiencia del razonamiento probatorio, el cual, siguiendo a Michele TARUFFO [280], se proyecta en tres órdenes: **1.** Que el juez haya tenido en cuenta todos los elementos de prueba disponibles y relevantes para la comprobación de los hechos, sin marginar o excluir a ninguna de ellos; **2.** Que el razonamiento probatorio sea internamente coherente, sin incurrir en contradicciones; y, **3.** Que los resultados obtenidos con la valoración conjunta de la prueba no sean contradictorios.

III. EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE

El tratamiento de la incertidumbre fáctica en el proceso penal contemporáneo se ha resuelto incorporando una regla simple y contundente,

---

[277] Exp. Nº 2004-99, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 335-336).

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

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

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

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

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

Se entiende por *in dubio pro reo* la existencia de un conocimiento incierto de los hechos, en tanto que sólo la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado justifica la condena. MAIER apunta que tendrá certeza –única posibilidad que justifica una sentencia condenatoria– quien está convencido acerca de que ha alcanzado la verdad, que su reconstrucción a través de la prueba es correcta; por el contrario, quien se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que afirman esta conclusión superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, afirma sólo la *probabilidad* de que su reconstrucción es acertada; por último, quien comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, se encuentra en una duda absoluta; ambos supuestos (probabilidad y duda), impiden una sentencia condenatoria [281].

La Corte Suprema confunde, a menudo, duda con insuficiencia probatoria. Así tenemos que califica como duda cuando el agraviado en su declaración en el juicio oral levanta los cargos contra el acusado, cuyas declaraciones anteriores no son consistentes por no ser uniformes, lo que no permite establecer la culpabilidad del acusado con la certidumbre necesaria, cuando en realidad es un típico supuesto de insuficiencia de pruebas [282]. En otro caso similar, el Supremo Tribunal

---

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

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

señaló que debe absolverse al acusado "...al no existir en autos elementos de juicio suficientes que lleven a la convicción de su responsabilidad, y en todo caso, hay que considerar que ha surgido una situación de duda, la misma que le favorece, por lo que debe estarse al principio del *in dubio pro reo*" (283).

Algún sector doctrinario consideró, en su momento, que existía diferencias entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia. VEGAS TORRES (284) enumera dos diferencias centrales acogidas por dicha concepción. La primera diferencia consistía en que el *in dubio pro reo* actúa como regla que orienta directamente la decisión en sentido absolutorio, cuando la culpabilidad del acusado es incierta; la presunción de inocencia, en cambio, determina el sentido de la decisión de manera indirecta o mediata, sustituyendo la incertidumbre por la certeza de la inocencia del acusado, lo que conduce a su absolución por no darse el supuesto de hecho de la norma penal. La segunda diferencia hacía referencia al hecho de que el *in dubio pro reo* sólo es adecuado para resolver el problema de la incertidumbre cuando ésta se identifica con un estado subjetivo de duda del juzgador acerca de la culpabilidad del acusado, mientras que la presunción de inocencia proporcionaba una respuesta adecuada al problema de la incertidumbre no sólo en tal supuesto, sino también en cualquier otro en el que haya de tenerse la culpabilidad como incierta, con independencia de cuál sea el convencimiento subjetivo del juzgador sobre la misma.

Sin embargo, como enseña MIRANDA ESTRAMPES, aun cuando es posible encontrar las diferencias arriba aludidas entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, es de rigor entender que el *in dubio pro reo* forma parte del núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia. Desde esta perspectiva, se entiende que para que la culpabilidad del acusado pueda considerarse probada conforme a ley se requiere no sólo la concurrencia de una prueba "de cargo", objetivamente incriminatoria, practicada con todas las garantías y en cuya valoración se hayan respetado las reglas de la sana crítica sino que, además, fruto de esta valoración el juzgador haya logrado formarse un convencimiento de la culpabilidad del acusado exento de toda duda razonable (285).

---

(283) Ejecutoria suprema de 11 de noviembre de 1980, Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 84-85).

(284) VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 208-211.

(285) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 617.

Si se entiende que la presunción de inocencia como una verdad interina o provisional que exige que el juzgador esté absolutamente convencido de la culpabilidad del acusado, entonces, la absolución procederá en dos supuestos: **a)** en los casos de ausencia de prueba adecuada: las pruebas actuadas no presenten un carácter incriminatorio o cuando siendo "de cargo" no se hayan practicado con todas las garantías constitucionales y legales; y, **b)** en los casos de insuficiencia de la prueba de cargo, es decir, cuando a pesar de existir adecuada prueba "de cargo", ésta no sea suficiente a los efectos de formar la convicción judicial acerca de la culpabilidad del acusado, eliminando toda duda razonable [286].

La Corte Suprema, finalmente, reconoció la diferencia entre insuficiencia probatoria e *in dubio pro reo*. Así, en la Ejecutoria de 12 de julio de 1999 precisó que "son supuestos para la expedición de una sentencia absolutoria, o la *insuficiencia probatoria*, que es incapaz para desvirtuar la *presunción de inocencia* o la invocación del principio del *in dubio pro reo* cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado; que, el primer supuesto está referido al derecho fundamental previsto en el artículo segundo, inciso veinticuatro, parágrafo "E" de la Constitución Política del Estado, que crea a favor de los ciudadanos el derecho de ser considerados inocentes mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción; mientras que el segundo supuesto se dirige al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador, deberá por humanidad y por justicia absolver a los encausados..." [287]. En otra decisión aclaró que ambos supuestos no pueden ser invocados en forma conjunta "...sino que su invocación debe hacerse de manera alternativa, ello en razón de que la insuficiencia probatoria, por ser tal, es inocua para destruir la presunción de inocencia, y por ende no puede generar duda en el juzgador, precisamente por la inexistencia de pruebas (es decir, *insuficiencia de pruebas*) [288].

---

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

[287] Exp. Nº 1837-99, Junín (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Lima, 2002, pp. 559-561).

[288] Ejecutoria suprema de 15 de noviembre de 1999, Exp. Nº 3443-99, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 361-362). En igual sentido: Ejecutoria suprema de 7 de octubre de 1999, Exp. Nº 2547-99, Cono Norte

IV. OTRAS REGLAS VALORATIVAS

1. PRECISIONES

La regla básica del sistema de valoración probatoria, según se ha dicho y ha sido consagrado legislativamente por el art. 283º del CPP 1940, es el criterio de conciencia, esto es, la sana crítica racional o del criterio racional, acorde con el sistema de la libre apreciación judicial [289], que como se sabe –dice Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA– constituye una conquista del pensamiento ilustrado y de la Revolución Francesa [290]. ZAVALA LOAIZA apunta que el *criterio de conciencia* "...permite resolver con propia autoridad y no con la ajena, como ocurre en el criterio legal, el problema probatorio ... [es] el sistema que facilita el libre examen, la crítica reflexiva que propicia el movimiento y flexibilidad de una legislación, que no necesita que se aprisione en su articulado lo que debe quedar planeado sobre ella, insinuándose por distintas operaciones científicas y técnicas, con lo que nos referimos a la obra indiciaria que, a medida que esté menos precisada o definida, surgirá de la teoría probatoria, de las enseñanzas lógicas y jurídica, en todo su carácter y eficacia" [291].

Por tanto, corresponde al Juzgador, como señala la Corte Suprema, analizar y evaluar todas las pruebas actuadas en relación a la imputa-

---

Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., pp. 226-227). Reiterando lo expuesto: Ejecutoria suprema de 5 de julio de 1999, Exp. Nº 1415-99, Callao (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 2, Lima, 2001, pp. 701-703).

[289] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 299. Como ya anotó GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 367), la apreciación en conciencia de las pruebas, "... consagra el sistema de *libre valoración* de la prueba, el cual no significa libre arbitrio, ni posibilidad de entrada a la 'ciencia privada', sino que, antes al contrario, la valoración ha de versar, en primer lugar, sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral (incluyendo la prueba instructora anticipada y la preconstituida); en segundo lugar, tampoco puede basar su sentencia en la prueba obtenida *ilícitamente* o con violación de las garantías constitucionales; finalmente, la valoración de la prueba se ha de realizar con arreglo a las normas de la *lógica, máximas de la experiencia o de la 'sana crítica'*, lo que conlleva la *obligación*, máxime si se trata de la prueba indiciaria, de *razonar el resultado probatorio* ...".

[290] En: GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 5, p. 683.

[291] ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El proceso penal y sus problemas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1947, pp. 84-85.

ción, precisando además los fundamentos de derecho que avalen las conclusiones a que se lleguen como consecuencia de la valoración de los hechos y de las pruebas [292].

Ahora bien, en el escenario práctico la Corte Suprema, ante el vacío normativo, ha venido estableciendo auténticas reglas valorativas, próximas a la prueba tasada, que se ha notado muy especialmente en el caso de los coimputados y de los agraviados, sin perjuicio de lo decidido respecto a la investigación policial. De igual modo, ante el surgimiento de los procesos por colaboración eficaz, y frente a los problemas que conllevan, la Quinta Disposición Final de la Ley Nº 27378, adicionó un segundo párrafo al artículo 283º del CPP 1940, y estableció que: "Tratándose de declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el Juez dicte sentencia condenatoria e, inclusive, cualquier medida cautelar, resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas".

2. DECLARACIONES DE LA VÍCTIMA

Inicialmente la Corte Suprema exigía, sin discernir situaciones de hecho o circunstancias particulares, que la declaración de la víctima vaya aparejada de otros elementos de prueba objetivos que corroboren su exposición. Así, en un asunto relativamente reciente señaló: "La imputación contra los acusados por el delito de robo, sólo tiene como único sustento la sindicación que hace la agraviada, la misma que no resulta ser suficiente para imponer una sentencia condenatoria" [293]. De

---

[292] Ejecutoria suprema de 19 de enero de 1999, Exp. Nº 4538-98, Lambayeque (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 215). La Ejecutoria suprema de 20 de julio de 1999, Exp. Nº 2260-99, Huánuco, establece que el art. 283º CPP supone que la prueba se realiza con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la "sana crítica" (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 3, Lima*, 2002, pp. 556-558).

[293] Ejecutoria suprema de 9 de septiembre de 1997, Exp. Nº 1563-97 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 226). En otra decisión, esta vez por delito de agresión sexual –y que pareciera ser una constante en esos delitos–, el Supremo Tribunal siguió la misma pauta de principio; anotó "el solo dicho de la agraviada no constituye por sí probanza suficiente de la autoría del delito contra el honor sexual por parte de la persona a la cual imputa la comisión del mismo, cuanto más si la negativa es constante

igual modo, como declaración de principio estableció que "... la doctrina procesal es objetiva al considerar que existe responsabilidad penal única y exclusivamente cuando existen en autos medios probatorios (testimoniales, reconocimiento, confrontaciones, peritajes, etc.) plurales y convergentes que acrediten en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal del procesado" (294).

Sin embargo, teniendo en consideración que en ocasiones no cabe otra posibilidad que admitir en el proceso las declaraciones de las víctimas del delito, ya que, acota ASENCIO MELLADO, "éste, por cometerse buscando la impunidad de propósito puede no haber dejado otras huellas de su perpetración" (295), ha determinado un cambio jurisprudencial, siguiendo el modelo español, que expresamente rechazó el antiguo principio "*testis unus, testis nullus*" (296). Así, en la emblemática sentencia de 13 de octubre de 1999 declaró: "[Aun] cuando en principio, la sola sindicación del agraviado pudiera considerarse hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, dado el marco de clandestinidad en que la mayoría de delitos se produce, también lo es que para ello deben observarse las siguientes notas o requisitos: a) *la verosimilitud*, esto es, que a las afirmaciones del agraviado, deben concurrir corroboraciones periféricas de carácter objetivo; y, b) *la persistencia en la incriminación*, es decir, que ésta debe ser prolongada en el tiempo, *sin ambigüedades ni contradicciones*... [No es suficiente la declaración de la víctima si no hay] concreción circunstancial y temporal de los actos objeto de acusación" (297). Por consi-

---

y uniforme" (Ejecutoria suprema de 1º de marzo de 1973, Exp. Nº 2252-72, San Martín [*Boletín Judicial*, Nº 8-10, Lima, 1973, pp. 367-368]). Otros casos similares de absolución, producidos en fechas anteriores, son las Ejecutorias supremas publicadas en *El Peruano* de 24 de agosto de 1942 y en el *Diario Judicial* de 8 de abril de 1947 (*vid.* GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, pp. 499-501).

(294) Ejecutoria suprema de 31 de mayo de 2001, Exp. Nº 4468-2000-Lima (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 8, octubre, Trujillo, 2001, pp. 145-148).

(295) ASENCIO MELLADO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 261.

(296) CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., pp. 132-133. Véanse las STS 692/1997, de 7 de noviembre de 1997; STS 243/1998, de 20 de febrero de 1998; y, entre otras, la STS 1029/1997, de 29 de diciembre de 1997.

(297) Exp. Nº 3162-99, Lambayeque (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 340-342). Esta doctrina ha sido repetida en la Ejecutoria suprema de 8 de mayo de 2001, Exp. Nº 1095-2001, Chincha-Ica (*Normas Legales*, T. 308, enero, Trujillo, 2002, pp. A-28/A-30).

guiente, a partir de esa doctrina jurisprudencial, en delitos de clandestinidad, es posible construir una condena sobre la declaración de la víctima, aunque sometiéndola a las exigencias ya enunciadas.

3. DECLARACIONES DE COIMPUTADOS

El problema que plantea este epígrafe se presenta cuando el imputado implica en la ejecución del delito perseguido a su coencausado. En este caso, como aclara MORENO CATENA, desde luego, no se está ante una "confesión", pues ésta necesita siempre que los hechos que se confiesen o reconozcan perjudiquen a quien hace la declaración y no a un tercero. Tampoco se está ante una testifical en sentido estricto, dado que el testigo genuino ha de ser una persona física, en todo caso ajena al proceso, esto es, debe revestir la nota de alteridad con respecto al juez y a los litigantes. Por tanto, se trata de simples declaraciones de imputados en el proceso; no son terceros, dada su implicancia en el hecho, ni son ajenos habida cuenta de su interés evidente en el fallo que se haya de producir [298].

Desde esa perspectiva, superando las concepciones tradicionales de presunción absoluta de inatendibilidad de las declaraciones acusatorias del imputado, actualmente se las considera un elemento más de prueba. Su análisis, vista su particularidad, recién cobró consistencia con la Ejecutoria suprema de 8 de septiembre de 1999, cuando a ese respecto expuso –desde una concepción de presunción relativa de inatendibilidad de tal testimonio– que la sola sindicación del coimputado, "... constituye un medio racional de prueba que debe valorarse por un conjunto de factores tales como: **a)** *personalidad del delator y relaciones precedentes con el designado como partícipe*; **b)** *examen riguroso de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables*; y, **c)** *que, no puede deducirse que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de exculpación*" [299].

Esta Ejecutoria, asimismo, importa la recepción de una antigua y superada jurisprudencia española, en especial de la STS de 12 de mayo de 1986, en la que expresamente se señala que la sola declaración

---

[298] MORENO CATENA (Dir.): *El proceso penal*, cit., Vol. III, pp. 2198-2199.

[299] Exp. Nº 2695-99, Cajamarca (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 2, Lima, 2001, pp. 705-707).

inculpatoria de un coimputado es suficiente para fundamentar la condena de aquel o aquellos contra los que se declare siempre que en la mismo no concurran motivos de falta de credibilidad subjetiva. Empero, no se ha tenido en consideración la evolución jurisprudencial española, a partir de la STS de 21 de mayo de 1986, reiterada por la STS de 17 de junio de 1986 y la STS de 16 de diciembre de 1986, en las cuales, como anota DÍAZ PITA, se exige la concurrencia de dos tipos de requisitos: *los subjetivos*, representados por la no concurrencia de determinadas circunstancias de naturaleza intrínseca; y, de otro, los requisitos *objetivos*, condensados en el hecho de que la declaración, por sí sola, no es prueba de cargo suficiente, siendo preciso que vengan avaladas por otros elementos probatorios, en el que se puede incluir diversos indicios y la denominada "verificación cruzada", esto es, el testimonio de otro coimputado [300]. Esta posición viene avalada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, que señala que cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado, su declaración incriminatoria carece de consistencia suficiente al no estar mínimamente corroborada por otras pruebas aunque fueran indiciarias pero con suficiente fiabilidad inculpatoria [301].

4. IMPUTACIONES DE COLABORADORES O ARREPENTIDOS

En principio es de tener presente que los colaboradores son coimputados que optan por desvincularse de una organización delictiva y, colaborando con la justicia, delatan a otros coimputados y aportan información valiosa para la eficaz acción represiva del Estado. A tales declaraciones acusatorias se les denomina en el ámbito italiano "llamada de correo" (*chiamata in correità*), de honda tradición en el derecho romano. El arrepentido, en puridad, como acota GRANADOS PÉREZ, debe ser tratado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento [302].

---

[300] DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 462-470.

[301] Cfr.: RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba de testigos en el procedimiento penal*, Edijus, Madrid, 2003, p. 64.

[302] GRANADOS PÉREZ, Carlos: "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testi-

Siendo coimputados, que reconocen su participación en los hechos que relata, más allá que se les pueda apartar del procedimiento principal contradictorio y actúen como informadores –definiéndose su situación jurídica en un procedimiento especial, al punto de concedérseles beneficios premiales, que incluso pueden llegar a la exención de pena–, el tratamiento de su testimonio, en primer lugar, como acota CLIMENT DURÁN, debe estar sujeto a las prevenciones construidas en relación a la valoración de las declaraciones incriminatorias contra otros coimputados [303]. En segundo lugar, siguiendo el modelo italiano, no sólo se exige corroboraciones periféricas o indicios colaterales para dar por ciertas tales incriminaciones –suficientes para los coimputados que no persiguen beneficios premiales sustantivos con su testimonio–, es menester un elemento de prueba objetivo, independiente (*riscontri esterni*), que corrobore definitivamente las imputaciones formuladas, tal como claramente lo estipula el último párrafo del nuevo art. 283º CPP 1940; norma que en rigor constituye un límite normativo al principio del libre convencimiento del juez.

Lo expuesto significa, en estricto sentido, según QUINTANAR DIEZ –muy crítico al respecto–, que la referida declaración no se considera prueba sino mero indicio y, sobre todo, completamente subsidiario; que se requiere la presencia del elemento externo, objetivo, por lo que rechaza lo que se denomina la "*llamada en correidad aislada*", no corroborada por ulteriores elementos de prueba, aunque sea creíble, lógica y verosímil (*riscontri intrinseci*); que, por tanto, se exige la denominada *llamada de correo vestida* y no la *muda* [304]. Al respecto la jurisprudencia italiana (entre otras: Cass. Pen., Sección I, de 30 de enero de 1991; Cass. Pen., Sección II, de 18 de enero de 1990; y, Cass. Pen., Sección I, 11 de junio de 1990) establece que los llamados *riscontri externos* pueden ser, general-

---

gos. Posición de la jurisprudencia", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada: Aspectos, sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001 (Cuadernos de Derecho Judicial, II), p. 97.

[303] CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., p. 330. La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 21 de julio de 2000, Exp. Nº 2036-2000, Lima, señaló que el arrepentimiento procesal exige que el imputado proporcione los nombres de sus cómplices parra su identificación, deduciendo que, de no hacerlo, se está ante un ardid para acogerse a algún beneficio premial (*Normas Legales*, T. 305, octubre, Trujillo, 2001, pp. A37-A38).

[304] QUINTANAR DIEZ, Manuel: *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 163-182.

mente, de cualquier tipo y naturaleza; esto es, datos objetivos –como hechos y documentos–, declaraciones de otros sujetos –siempre que sean idóneas para convalidar *aliunde* la atendibilidad de la acusación–, y necesariamente *datos ciertos* –que ofrezcan garantías objetivas y veraces en torno a la credibilidad de quien lo ha referido–, teniendo presente, de todos modos, que objeto de la valoración de la atendibilidad es la compleja declaración concerniente a un determinado episodio criminoso, en sus competentes objetivos y subjetivos, y no cada uno de los particulares asertos del declarante.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, admitió la legitimidad de la prueba del arrepentido (STEDH de 6 de setiembre de 1978; STEDH de 20 de noviembre de 1989; y STEDH de 27 de setiembre de 1990), pero ha sido en el Asunto "Labita vs. Italia" donde efectuó importantes precisiones, relativizando su valor. En ese fallo señaló: **a)** que la colaboración de arrepentidos es un arma muy importante en la lucha de las autoridades contra las organizaciones criminales –en este caso, la mafia–; **b)** que, sin embargo, las declaraciones de "arrepentidos" dan lugar a problemas difíciles ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones están abiertas a manipulaciones y, a menudo, se realizan para obtener las ventajas que la ley otorga a los arrepentidos, o por venganzas personales, por lo que no debe subestimarse la naturaleza a veces ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y arrestada sobre la base de declaraciones no contrastadas que pueden no ser en todos los casos totalmente desinteresadas; **c)** que por estas razones las declaraciones de los "arrepentidos" deben corroborarse con otras pruebas (agregó también el Tribunal que los testimonios de oídas o referenciales deben sustentarse en pruebas objetivas); y, **d)** que si bien un sospechoso puede ser legalmente detenido al principio del procedimiento, sobre la base de declaraciones de "arrepentidos" –en tanto se estime que la versión del arrepentido, a quien se le tiene confianza, es creíble–, esta última situación, como se advierte de nuestra ley, no es de recibo[305]. Por consiguiente, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada

[305] STEDH, Asunto "Labita vs. Italia", 6 de abril de 2000, párrs. 157, 158 y 159.

está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo, acota GRANADOS PÉREZ, no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente lógica o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia (306).

En la misma línea del *infiltrado*, la doctrina procesalista identifica el tratamiento de la valoración probatoria de este testigo especial con la del *confidente*. La desconfianza en su apreciación es evidente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos unificó el tratamiento en las citadas sentencias de 6 de setiembre de 1978, de 27 de setiembre de 1990 y de 20 de noviembre de 1989; en estas dos últimas únicamente se validó las informaciones confidenciales con el carácter *de indicio procedimental* para proceder con ellas como medios de investigación, no como medio de prueba. La presencia del confidente en el acto oral es fundamental, requisito indispensable para considerar, formalmente, su valorabilidad, pues a este respecto no cabe incorporar su testimonio a través de las declaraciones referenciales de los policías. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde los citados Asuntos "Kostovski", de 20 de noviembre de 1989 y "Windisch", de 27 de setiembre de 1990, enfatizó que los informes de confidentes no pueden tener acceso en el proceso como prueba de cargo. Pero es más, como dice RIVES SEVA, la adecuada tutela de los derechos fundamentales exige excluir tales fuentes confidenciales como indicio directo y único para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales (esto es, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, para formular juicios intermedios de culpabilidad), pues "...ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa [...] La supuesta información, en todo caso, debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas" (307). Cabe enfatizar, desde una perspec-

(306) GRANADOS PÉREZ: "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia", cit., pp. 98-99.

(307) RIVES SEVA: *La prueba de testigos en el procedimiento penal*, cit., pp. 53-54.

tiva general en relación con la prueba testifical, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene expuesto que la condena basada en testimonios respecto de los cuales el inculpado no pudo interrogar o hacer interrogar a los que los han formulado implica, al producirse una ausencia de toda confrontación, una privación al acusado de un proceso equitativo [308].

[308] STEDH, Asunto "Saidi vs. Francia", 20 de setiembre de 1993.

Parte VII

IMPUGNACIÓN Y RECURSOS PENALES

CAPÍTULO XXIX
TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN PENAL

SUMARIO: I. Aspectos generales. 1. Definición y notas principales. 2. Exigencias constitucionales en materia de recursos. II. Configuración constitucional del derecho a la instancia plural: 1. Alcances del art. 139º.6 de la Constitución. 2. Necesidad del recurso de apelación penal. III. Presupuestos de la impugnación: 1. Presupuestos subjetivos. 2. Presupuestos objetivos. IV. Interdicción de la *reformatio in peius*: 1. Aspectos generales. 2. La reforma peyorativa. 3. Variación del procedimiento recursal. 4. Cosa juzgada y adecuación de pena. V. Procedimiento recursal. VI. Efectos de los recursos: 1. Introducción. 2. El efecto devolutivo. 3. El efecto suspensivo. 4. El efecto extensivo. 5. El efecto diferido. VII. Clasificación de los recursos.

I. ASPECTOS GENERALES

1. DEFINICIÓN Y NOTAS PRINCIPALES

Desde una perspectiva amplia, afirma ORTELLS RAMOS, el *medio de impugnación* se define como el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad [1]. Tres son sus elementos característicos al decir de Giovanni LEONE [2]: **a)** es un reme-

---

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

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

dio jurídico, entendido como un derecho atribuido a las partes; b) tiene como finalidad remover una desventaja proveniente de una decisión judicial, no se dirige contra actos del juez sin carácter decisorio o contra actos procesales de las partes; y, c) a través de una nueva decisión, su característica esencial es la tendencia a remover la decisión impugnada por medio de una nueva decisión, lo que implica reconocer que el presupuesto de la impugnación es la desventaja proveniente de una resolución judicial, la cual pretende removerse mediante la sustitución de la resolución impugnada por otra nueva resolución.

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

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

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

---

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

[4] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1966, T. V, p. 452.

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

Por su parte, como define HINOJOSA SEGOVIA, los *recursos* son actos de parte por el que se solicita la modificación de una resolución, que produce un gravamen al recurrente, en el mismo proceso en que aquella fue dictada [6], mientras que existen otros medios de impugnación aptos para rescindir sentencias firmes y que en rigor configurar procesos autónomos, como es el caso de la *revisión*.

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

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

Finalmente, una manifestación del principio dispositivo que gobierna el régimen de la impugnación penal es la facultad que se otorga a las partes para manifestarse con eficacia plena en sentido contrario al progreso del recurso procedente o ejercitado. En tal virtud, el art. 331º del Código de 1991 prescribe que quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistir de él antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos; desistimiento que no perjudicará a los demás recurrentes [9]. El desistimiento, aclara CLARIÁ OLMEDO, implica re-

---

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

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

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

[9] La Corte Suprema, en esta misma perspectiva, declaró que carece de objeto pronunciarse si la condenada se desiste del recurso de nulidad que ha interpuesto, en cuyo caso la decisión tiene la condición de cosa juzgada: Ejecutoria suprema de 11 de setiembre de 1972, Exp. Nº 603-91, Lima (*Normas Legales*, T. 231, Trujillo, 1995, pp. J27-J28).

nuncia total a la pretensión impugnativa, pero no impide el efecto extensivo del recurso interpuesto por otro en los casos en que él debe producirse. Salvo esta situación, el tribunal *ad quem* procederá como si se tratara de inadmisibilidad, y la sentencia impugnada quedará firme con respecto a quien desistió [10]. No hay ninguna razón para que el Fiscal no pueda desistirse del recurso interpuesto, puesto que la ley no hace diferencias al respecto y, por lo demás, no puede confundirse el poder de acción penal –que es irrefragable– con el de impugnación –que obedece al principio dispositivo–.

2. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE RECURSOS

Acomodando a nuestro ordenamiento constitucional las precisiones de VECINA CIFUENTES [11], la Ley Fundamental consagra cuatro exigencias en materia de recursos, de las que derivan, correlativamente, cuatro obligaciones que se dirigen fundamentalmente al legislador. Éstas son: 1) control de legalidad de las resoluciones judiciales, tanto en lo relativo a la cuestión de fondo como en lo concerniente a las normas esenciales que disciplinan el proceso; 2) justicia, a través de la garantía de pluralidad de la instancia, en rigor, el doble grado de jurisdicción como mínimo necesario; 3) formación de la doctrina jurisprudencial que garantice la unidad del derecho material y procesal a nivel interpretativo; y, 4) tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los órganos judiciales, a fin de hacer de los procesos de hábeas corpus y de amparo unas vías subsidiarias.

La Constitución menciona dos recursos: el *recurso de casación* y, sin calificación expresa, un *recurso de última instancia* (*vid.* art. 141º Const.). Asimismo, reconoce una garantía específica: la de pluralidad de la instancia (*vid.* art. 139º.6 Const.), que según la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 11º, es una revisión en una instancia superior, de suerte que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada; fórmula que repite el art. X del Título Preliminar del Código Procesal Ci-

---

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

[11] VECINA CIFUENTES, Javier: "Los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en: *Jueces para la Democracia*, Nº 40, Madrid, 2001, p. 55.

vil, aclarando que es posible que la ley configure otra u otras instancias. A este último recurso el Código Procesal Civil lo denomina, siguiendo nuestra tradición jurídica, recurso de apelación (*vid.* art. 365º CPC), lineamiento que sin duda se extiende al orden jurisdiccional penal. Aparte de esos dos grandes recursos, el legislador, con la discrecionalidad que la Constitución le reconoce, tiene previstos los recursos de reposición y queja, atribuyéndoles cometidos concretos.

Desde esta perspectiva es obvia la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 1º CPP 1940 cuando estatuye que el proceso penal se realiza en instancia única. Igualmente, es evidente que el recurso de nulidad (*vid.* arts. 292º-296º y 298º-301º CPP 1940), aun cuando puede calificarse de recurso ordinario y de última instancia, presenta tales limitaciones que lo hacen insuficiente para garantizar la vigencia del doble grado de jurisdicción (v. gr.: imposibilidad de condenar al absuelto; limitaciones a los principios del contradictorio, oralidad y publicidad; y, ausencia de audiencia de pruebas cuando se cuestiona el juicio de hecho y de culpabilidad de la sentencia recurrida).

Según el citado art. 141º de la Constitución, la Corte Suprema está encargada tanto del conocimiento regular (1) del *recurso de casación* y (2) de un *recurso de última instancia*, siempre que la acción se inicie en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema. Como se sabe, el *recurso de casación* está "*...encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios*" [12]; mientras que el *recurso de última instancia* debe ser, en razón a una diferencia elemental con el anterior y en atención a la garantía específica de la instancia plural (*vid.* art. 139º.6 Const.), un recurso ordinario –cualquiera sea su denominación, aunque en nuestro ámbito de cultura es el clásico recurso de apelación– que permita al tribunal *ad quem* "...realizar un nuevo examen tanto de las cuestiones de derecho cuanto de las de hecho, y en la medida de los agravios articulados, disponga la revocación o la nulidad de aquélla así como, en su caso, la de los actos que la precedieron"[13].

---

[12] PALACIO, Lino Enrique: *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 73.

[13] PALACIO: *Los recursos en el proceso penal*, cit., p. 73.

Básicamente corresponde esencialmente al Supremo Tribunal la labor de uniformidad jurisprudencial y de tutela de los derechos fundamentales, a través del recurso de casación. A los demás órganos jurisdiccionales, en especial a los de apelación, corresponde revisar la decisión del juez *a quo* en aras de garantizar la justicia de la decisión y de tutelar la legalidad ordinaria, ello sin perjuicio de inaplicar una norma si contradice la Constitución (art. 138º, segundo párrafo, Const.). Desde esos datos esenciales, la Ley debe configurar un sistema de recursos racional y económico, y distribuir adecuadamente las funciones arriba anotadas entre los diversos órganos judiciales y medios de impugnación.

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL

1. ALCANCES DEL ART. 139º.6 DE LA CONSTITUCIÓN

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

Independientemente de la disímil redacción acerca del recurso, lo común en los tres textos supremos citados es que configuran el recurso como un derecho de los justiciables. El derecho de recurrir, cuya naturaleza es estrictamente procesal, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio [14]. La existencia de la impugnación, entonces, no sólo obedece a razones de política legislativa, sino responde a un imperativo constitucional, inclu-

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

so es contenido de un derecho fundamental y que, de no estar explícitamente considerado en el art. 139º.6, implícitamente lo estaría en el art. 139º.3 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional. Ambas normas, siguiendo a ORTELLS RAMOS, imponen el deber constitucional de prever recursos e incluso un derecho fundamental de acceso a los mismos, claro está dentro de ciertos límites [15].

El derecho al recurso, acota RAMOS MÉNDEZ, hay que entenderlo, ante todo, como *derecho de utilizar los recursos señalados por la ley*; no supone por lo tanto, creación de recursos inexistentes, pero sí, a la luz del art. 14º.5 del PIDCP, interpretar el sistema de recursos del ordenamiento jurídico interno de la forma más favorable para la efectividad de tal garantía [16]. Esta interpretación más favorable, acota HINOJOSA SEGOVIA siguiendo la jurisprudencia constitucional española, tiene tres manifestaciones importantes: **a)** una concepción amplia de la legitimación para recurrir; **b)** la subsanación de defectos en la interposición del recurso (o rechazo del formalismo enervante); y, **c)** la interpretación restrictiva de las causas de inadmisión [17].

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, en el Asunto "Ann Vallie Lynelle" (STC, Exp. Nº 1231-2002-HC, de 21 de junio de 2002, FJ 2, párrafo II) [18], sostiene que el "*...derecho a los recursos forma parte, así, del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no sólo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia*". Este alcance, sin duda, no es correcto. El derecho al recurso previsto por la ley integra el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, y en esa virtud si la ley contempla un determinado medio de impugnación éste debe abrirse bajo los cauces más favorables a su ejercicio. Por otro lado, el derecho a la instancia plural tiene un contenido

---

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

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

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

[18] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1231-2002-HC.html.

propio que a su vez se expresa en el derecho que tienen las partes de abrir, por lo menos, una revisión de una sentencia o decisión definitiva ante un Tribunal Superior; no pueden haber decisiones de ese nivel en única instancia.

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

La Constitución nacional ha incorporado un valor central en el sistema de recursos, que precisamente cumple la apelación: el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que –destaca Luigi FERRAJOLI [19]– constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado. Señala el citado jusfilósofo italiano que "El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio".

---

[19] FERRAJOLI, Luigi: "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996-B, Buenos Aires, 1996, pp. 446-447.

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

2. NECESIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

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

Es de tener en claro, no obstante ello, que el citado numeral, al prever un recurso que permita revisar "el fallo condenatorio y la pena impuesta", no puede ser otro, en nuestro sistema, que el recurso de apelación, que tiene carácter ordinario y que, por ende, permitiría revisar con suficiente amplitud la sentencia de primera instancia; esta revisión exige un recurso que permita volver a conocer en mayor o menor medida de los hechos, lo cual no es propio de otros recursos, como el de casación [20]. El Comité de Derechos Humanos, en su Informe de 24 de marzo de 1982, anotó que el citado artículo del Pacto deja a la discrecionalidad de los Estados la modalidad del recurso a través del cual se someterá la sentencia condenatoria al examen del Tribunal Superior [21]. Ahora bien, es del caso analizar cada tema abordado por el Pacto.

A. La revisión de la declaración de la culpabilidad y de la sanción

Cuando el Pacto exige que el Tribunal Superior revise la declaración de la culpabilidad y la propia sanción penal, impone que el

---

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

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

reexamen del Tribunal *ad quem* sea de tal amplitud que agrupe tres grandes causas para fundamentar el recurso: 1) *infracción de ley o de precepto constitucional*, o sea si el juez de primera instancia aplicó correctamente las normas jurídico-penales en orden al delito y a la sanción; 2) *error en la apreciación de la prueba*, esto es, si se ha valorado verdaderas pruebas, si éstas cumplen los estándares fijados por la ley y la Constitución (juicio de valorabilidad), si el razonamiento probatorio no ha sido arbitrario y, en suma y también, si es posible un nuevo resultado probatorio; y, 3) *quebrantamiento de las formas especiales del juicio*, es decir, si se afectaron las garantías procesales y ritos del procedimiento necesarios para calificar de justo un enjuiciamiento. Estos tres motivos, en puridad, aglutinan la absoluta totalidad de los posibles defectos de juicio o vicios jurídicos en que puede haber incurrido el órgano judicial *a quo* [22].

Recalca GARBERÍ LLOBREGAT que si bien la apelación es el recurso que permite que pueda lograrse una segunda instancia, el concepto de este último término no es unívoco, pues admite una diversidad de significados según la amplitud con que se configure su objeto procesal, bien como un '*novum iudicium*'–como una nueva primera instancia (modelo alemán)–, o bien como una '*revisio prioris instantiae*'–como un control de lo ya resuelto en la primera instancia (modelo austriaco)–, siendo el

---

[22] Esta misma perspectiva es la que asume la CIDH en el Asunto "Castillo Petruzzi" (Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 161) al señalar que el recurso exigido por la Convención es aquel que permite una *instancia procesal ulterior*. Por otro lado, el dictamen recaído en la Comunicación Nº 701/1996 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 2 de abril de 1997, aprobado en su 69º período de sesiones, su fecha 20 de julio de 2000, ante una denuncia de Cesáreo Gómez Vásquez alegando que su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, concluyó que "*...la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14º, del Pacto*" (*vid.* Párrafos 11.1 y 12 del dictamen). Posición crítica es la de Isabel GONZALES CANO ("El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español", en: *Tribunales de Justicia*, Nº 2, Madrid, 2001, p. 35), al considerar que el art. 14º.5 del Pacto cuando dice "*...sometimiento a tribunal superior*", no tiene porqué implicar revisión íntegra del fallo y la pena, pues la norma deja librado al derecho interno optar por un recurso más o menos amplio, de ahí que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará "*...conforme a lo prescrito por la ley*". Sin embargo, tal objeción no tiene entidad para descalificar la decisión del Comité de Derechos Humanos y, menos, para impedir que su doctrina inspire la configuración de un sistema recursal penal.

legislador quien optará por el modelo que considere más adecuado. El ámbito material del recurso, acota este procesalista, está estructurado según la doctrina clásica en torno a dos diferentes modelos o sistemas, a saber: el de la apelación plena (*volle Berufung*) y el de la apelación limitada (*beschränkte Berufung*), según el grado de autonomía o de vinculación del objeto procesal deducido en apelación, y de la decisión de ésta, con respecto al objeto anteriormente enjuiciado y a la resolución recaída en la primera instancia; ambos modelos de apelación, es de aclarar, ordenan la conformación del objeto procesal de la segunda instancia sobre la base del contenido de la pretensión deducida en el recurso, imponiendo o no límites a los hechos alegables y a las peticiones admisibles en esa vía de impugnación [23].

Por otro lado, quienes sostienen que la oralidad y la inmediación no permiten la valoración de las pruebas en la impugnación afirman a su vez la imposibilidad de una segunda instancia; luego, rechazan la viabilidad del recurso de apelación contra las sentencias definitivas. En esta línea el art. 1º del CPP 1940 sostiene que el proceso, que se desarrolla en dos etapas, se realiza en instancia única. A tal efecto, la Exposición de Motivos del respectivo Anteproyecto dice lo siguiente: "La audiencia en que se desenvuelve el juicio no puede ser objeto de sucesivas repeticiones, porque perdería toda su eficacia, derivada de la espontaneidad y hasta de la sinceridad con que pueden producirse los que intervengan en ella. Poco puede esperarse, generalmente, de una segunda audiencia, porque los que concurren estarán prevenidos ya por los hechos o incidentes puestos de manifiesto en la primera. La apelación que rinde beneficios para la pluralidad de la instancia, no tendría ningún efecto para la instancia única, que requiere, por lo mismo, de otras garantías y seguridades entre las que figuran, en primer término, las de la publicidad y oralidad" [24].

A esta posición, muy generalizada por cierto, cabe contestar lo siguiente:

1. Que el control de las decisiones del juez de primera instancia no puede pasar por alto la valoración de la evidencia obtenida en el juicio,

---

[23] En: GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 6, pp. 408-409.

[24] "Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales", en: *Revista del Foro*, Año XXVI, Lima, 1939, p. 271.

pues así lo exige el PIDCP al señalar específicamente que la declaración de culpabilidad sea sometida a un Tribunal Superior.

2. Que la publicidad y la oralidad, en cuanto garantías del enjuiciamiento penal, no son suficientes para evitar el error del juez de primera instancia tanto al aplicar el derecho como al valorar la prueba actuada, ni por lo demás han sido instituidas con esa finalidad.

3. Que si bien el motivo del recurso de apelación circunscrito al denominado "*error en la apreciación de las pruebas*" [25], permite un nuevo examen y valoración de los resultados probatorios producidos con la práctica de la prueba en la primera instancia –siempre dentro de las pretensiones de las partes, lo que está fuera de toda duda–, la vigencia del principio de inmediación obliga a matizar las potestades revisoras del Tribunal Superior, al punto que es razonable entender que no cabría una nueva valoración de los hechos respecto de la prueba testifical y de la declaración del imputado, dado que en su valoración es inexcusable la inmediación estricta del órgano judicial sentenciador, situación que no se presentaría en el caso, por ejemplo, de la prueba documental y de los dictámenes o informes periciales [26].

Destaca FERRAJOLI, respecto de la apelación, que el doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción, la cual es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad; que siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen, por lo que a falta de él los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio; que si se quiere salvar la

---

[25] Dice, al respecto, VARELA GÓMEZ (*El recurso de apelación penal*, cit., pp. 303-304) que este motivo del recurso de apelación, para diferenciarlo con la casación, debe concebirse en un sentido subjetivo, esto es, que sea posible y lógica una valoración de la prueba diferente de la que ha hecho el tribunal de primera instancia y no limitarse los errores graves de hecho y de derecho en que pueda incurrir el juez inferior.

[26] Un interesante debate sostenido en Alemania sobre la necesidad de la apelación y las características de la casación están expuestos por BACIGALUPO, Enrique: "Doble instancia y principio de inmediación", en su: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 217-224.

esencial función garantista de la apelación, que es un juicio sobre el hecho –como tal, permite evaluar la prueba y poder asumir una nueva conclusión acerca de su mérito–, es esencial sacrificar o limitar en todo el principio acusatorio de la inmediación [27].

B. Legitimación de las partes para recurrir

Julio MAIER sostiene que los recursos constituyen una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior; que el recurso contra la sentencia no tiene carácter bilateral, sino que es un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal. Si se tiene en cuenta que todo el sistema de garantías se ha construido para evitar que el Estado abuse y haga aplicación arbitraria de su poder penal y que el proceso penal constituye una obra estatal contra una persona, entonces, el recurso en cuanto garantía concreta del perseguido penalmente sólo puede ser obra suya y en la medida en que resulte condenado. Por lo demás, si se permite el recurso al acusador, en caso que éste gane, la condena de la segunda instan-

[27] FERRAJOLI, Luigi: "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996-B, Buenos Aires, 1996, pp. 446-448. En un último fallo, el Tribunal Supremo español (STS Nº 196/2003, de 11 de febrero de 2003. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), pese a lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, considera que "...el art. 14.5 del PIDCP no se refiere textualmente a una segunda instancia, sino exactamente al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Esta última precisión permite una cierta flexibilidad en la aplicación de la citada previsión en los distintos sistemas jurídicos... [lo que ha obligado a la jurisprudencia constitucional] a reducir las cuestiones de hecho, que puedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquellas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos...". Esa exposición no nos convence. El comentarista de la revista *Actualidad Penal*, en opinión que compartimos, acota lo siguiente: "Se trata, sin embargo, de una conclusión discutible, sobre todo cuando el propio Tribunal Constitucional ha tenido que cambiar su criterio respecto a la valoración en la apelación de pruebas no practicadas o contrastadas con otras producidas en la segunda instancia. Las cuestiones probatorias quedan al margen de la casación en cuanto no se refieran al error de hecho o a la constatación de una indebida denegación de prueba ante el juzgador *a quem*" (*La Ley. Actualidad Penal*, Nº 31, semana de 28 de julio al 3 de agosto, Madrid, 2003).

cia, en rigor, sería una primera, respecto de la cual el imputado tendría derecho a una doble conformidad, de suerte que el sistema bilateral de recursos implicaría un *regressus in infinitum* en mérito a que el Fiscal siempre podría lograr un fallo condenatorio en alguna instancia del procedimiento [28].

Por el contrario, argumenta MONTERO AROCA, que el Pacto debe interpretarse no sólo desde el hecho de que existen otras legislaciones –como la española– que reconocen la existencia de acusadores particulares al lado del Ministerio Fiscal y que las garantías procesales que contiene se entienden mejor si se tiene en cuenta que las mismas adquieren su verdadero sentido referidas a un proceso penal de corte anglosajón, por lo que es necesario, amén de su traducción literal al español, hacer una traducción ideológica o de conceptos, para así evitar el absurdo. Por ello, insiste, el Pacto no puede interpretarse de modo aislado sino que ha de integrarse al ordenamiento jurídico de que se trate. Desde esta perspectiva, proscribir el recurso acusatorio significaría desconocer los principios de igualdad de las partes y del contradictorio, que hace a la esencia misma de la noción de proceso del mundo eurocontinental, que no admite impugnaciones privilegiadas. Añade que tampoco puede derivarse del Pacto el hecho de que si el absuelto por el tribunal *a quo* fuera condenado por el Tribunal Superior se necesite otro fallo condenatorio, pues éste no ha pretendido imponer la existencia de dos enjuiciamientos por dos órganos judiciales diferentes [29].

Otra perspectiva crítica es aportada por CORDÓN MORENO. Es de destacar dos datos precisos que enuncia en orden a lo establecido en el art. 14º.5 del Pacto. En primer lugar, indica que en la legislación norteamericana –donde se inspiró este numeral– el recurso del imputado sólo tiene por contenido la revisión circunscrita al ámbito del derecho al proceso debido y si la pena se ha fijado aplicando una ley inconstitucional, pero nunca la revisión de la valoración de la prueba. En segundo lugar, reitera que no se puede pretender que el Pacto haya tratado de conformar un sistema unitario de recursos en el ámbito penal para to-

---

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

[29] MONTERO AROCA: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, cit., pp. 166-172.

dos los países firmantes del mismo, *sino establecer una garantía mínima asumible por ellos* [30].

Desde la propia lógica de la CADH, y sobre la base de Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CAFFERATA NORES acota que el proceso penal también apunta a garantizar el derecho de justicia de las víctimas, quienes además tienen derecho a un tribunal independiente, objetivo e imparcial (la representación de la sociedad encomendada al Ministerio Público y la posibilidad que éste actúe concurrentemente en favor de las víctimas, no puede negarse en modo alguno). Reitera el jurista argentino que estos derechos podrían ser lesionados por sentencias radicalmente arbitrarias o dictadas por un órgano jurisdiccional parcializado, por lo que la bilateralidad de los recursos no puede negarse. Asimismo, aclara que para sostener que el recurso del acusador vulneraría el *ne bis in idem* tendría que reconocerse que la sentencia absolutoria es firme desde el momento de su expedición, lo que no es así porque tal expresión se refiere a una sentencia que, o bien era susceptible de ser recurrida y no lo fue, y por ello quedó "firme", o bien pese a ser recurrida resultó "confirmada" por el tribunal del recurso [31].

Otra procesalista, la española CALDERÓN CUADRADO, luego de adherirse a la posición de MONTERO AROCA, señala que la condena dictada por un Tribunal Superior, al revocar la sentencia absolutoria impugnada por los acusadores, ha sido dictada en un segundo enjuiciamiento realizado precisamente por aquel órgano jurisdiccional que en caso contrario –fallo condenatorio en primera instancia– tendría que resolver la impugnación previsiblemente planteada por el condenado, y que, en ambos supuestos, goza del carácter "superior" exigido por el PIDCP [32].

No cabe duda de los problemas que plantea la interpretación del art. 14º.5 del PIDCP. Sin embargo, no es posible asumir la tesis de MAIER arriba enunciada, *en primer lugar,* porque el principio de igualdad procesal, de directa relevancia constitucional, impide aceptar que el acusador

---

[30] CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal,* Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 187.

[31] CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Proceso penal y derechos humanos,* Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 161-164.

[32] CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado,* Comares, Granada, 1996, p. 22.

público y la víctima no puedan recurrir de una sentencia absolutoria; en *segundo lugar*, la tesis del "doble conforme" (la condena debe ser afirmada por dos órganos jurisdiccionales en fallos sucesivos) no se deduce linealmente del texto de la norma internacional, puesto que –a nuestro juicio– lo que en puridad se exige es la necesaria habilitación de un recurso devolutivo, que permita someter la condena a un tribunal superior, en cuyo caso la decisión de condena que pueda surgir del Tribunal Superior habría sido tomada precisamente en un segundo enjuiciamiento, que es el núcleo esencial de la previsión del PIDCP.

C. El objeto procesal del recurso

Las normas internacionales, como acota ASENCIO MELLADO, establecen un derecho incondicionado al recurso frente a las sentencias condenatorias, el cual se concreta en la necesaria existencia de la doble instancia penal, en la medida en que se exige tanto el derecho a llevar la decisión condenatoria ante un Tribunal Superior por un lado, y, por otro lado, a que esta revisión lo sea de la declaración misma de culpabilidad y de la condena. Agrega este autor que es obligada la existencia de un recurso que reúna estas características, que posibilite en todo caso una revisión profunda del fallo, ya que no existe otro modo de garantizar el análisis de una decisión condenatoria que mediante el control de la valoración de la prueba [33]. Es un supuesto de "defecto de razonamiento".

Por tanto, desde nuestro sistema jurídico, como claramente expone GIMENO SENDRA, el recurso de apelación –implícitamente contenido en los Tratados– es sin duda alguna el que mayores garantías ofrece para las partes, debido fundamentalmente a su carácter de recurso *ordinario*: no necesita fundarse en causa legal preestablecida, y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia [34].

Es de significar, finalmente, que el derecho a la instancia plural, en nuestra Constitución, se centra en las sentencias y, por extensión, en las resoluciones que ponen fin a la instancia. En estos supuestos la Ley Fundamental reconoce un derecho incondicionado de impugnación, que

---

[33] ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 280.

[34] GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 152.

la ley ordinaria debe respetar y regular fluidamente [35]. El *doble grado de jurisdicción*, supuesto mínimo de la instancia plural, se circunscribe a las sentencias y decisiones que ponen fin a la instancia. En tal virtud, no es posible entender que toda resolución, cualquiera sea su naturaleza y ámbito, necesariamente puede ser impugnada a través de un recurso vertical y jerárquico –devolutivo–, pues el derecho al recurso integra la garantía genérica del derecho a la tutela jurisdiccional y ésta sólo comprende el acceso a los recursos previstos por la ley, sin que el órgano jurisdiccional pueda crear recursos no previstos por la ley.

La Corte Suprema, lamentablemente, ha venido conociendo de recursos pese a que no se encuentran reconocidos en el art. 292º del CPP: única competencia recursal que le reconoce el ordenamiento procesal. En efecto, ha entendido que si una impugnación se plantea contra un auto emitido por la Corte Superior necesariamente, por imperio del derecho a la instancia plural (error en el que incurre el art. 343º del CPP de 1991), debe conocer de ella entendiendo que la denominación del recurso no puede ser de nulidad sino de apelación [36]. En tanto un recurso impugnatorio no está previsto en la ley, no es posible admitirlo pretorianamente, menos si la resolución impugnada no es una que pone fin a la instancia –único supuesto en que por razones constitucionales existe un derecho incondicionado al recurso–, sino que resuelve un incidente o una articulación [37]. Esto último constituye el necesario cumplimiento de un requisito objetivo del recurso, que es el referido a su *posibilidad jurídica*, la cual –dice PALACIO– se relaciona con la recurribilidad o irrecurribilidad de ciertas resoluciones [38].

---

[35] A su vez, el órgano jurisdiccional, en materia de admisión de recursos debe efectuar una lectura flexible y amplia de la legalidad, una interpretación de la forma más favorable posible a la eficacia del derecho al recurso (Cfr.: PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 82).

[36] Exp. Nº 3197-2002, Lima, 6 de diciembre de 2002; Exp. Nº 3199-2002-Lima, de 14 de enero de 2003; Exp. Nº 223-2002-Lima, de 18 de octubre de 2002 (Inéditos).

[37] En estos mismos términos, Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 30) llega a sostener que "...no nos hallamos ante un derecho incondicionado o absoluto 'de forma que contenga siempre la facultad o nazca siempre de él la posibilidad de impugnar cualquier decisión judicial', sino tan sólo hay que entenderlo referido al recurso previamente determinado o preestablecido en la ley...".

[38] PALACIO: *Los recursos en el proceso penal*, cit., p. 20.

III. PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La impugnación está sometida a ciertos presupuestos. Estos son de carácter subjetivo y objetivo. Su control, como señala ORTELLS RAMOS, procede de oficio en la generalidad de los casos [39].

1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

En lo que se refiere a los presupuestos subjetivos de la impugnación, se tiene (1) el agravio, gravamen o interés directo y (2) el carácter de parte. El *primero* exige que la resolución cuestionada cause una lesión al interés del impugnante. Interesa, al respecto, el resultado concreto del acto, sus efectos prácticos en orden al derecho invocado y la situación jurídica concreta del interesado. Señala la doctrina que el gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución [40], y que para estos efectos el perjuicio proviene, fundamentalmente, de la parte dispositiva de la resolución y no de sus fundamentos (SCHLÜCHTER considera como una excepción el caso de violación de los derechos fundamentales provenientes de los fundamentos de la sentencia [41]).

La Corte Suprema ha resuelto correctamente cuando precisa, de modo general, que sólo puede recurrir la parte perjudicada por una determinada resolución –no cabe que el imputado impugne una resolución que lo favorece [42]– y, específicamente, cuando acota que no es legal que el Fiscal interponga un recurso para que se mantenga la condena impuesta en la sentencia, toda vez que "...el recurso de nulidad es impugnativo de la resolución o parte de ella contra la cual se interpone" [43]. Sin embargo, es cuestionable una resolución reciente del Supremo Tribunal,

---

[39] ORTELLS RAMOS, Manuel; SÁNCHEZ, Ricardo Juan; BONET NAVARRO, José; BELLIDO PENADÉS, Rafael; PASTOR, José Martín; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 518.

[40] ORTELLS RAMOS *et al.*: *Derecho procesal civil*, cit., p. 520.

[41] SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 165.

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

[43] Exp. Nº 2289-79, Lima (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 98-99).

cuando señala que la declaración de reserva de unos acusados ausentes en una sentencia que además absuelve a otros imputados no les causa perjuicio directo, aun cuando la ley permite al órgano jurisdiccional dictar sentencia absolutoria en su favor [44]. Es de precisar que el perjuicio se da no sólo cuando la sentencia condena a un acusado y le impone determinadas consecuencias jurídicas, es obvio también que si el Tribunal reserva la causa contra un ausente, que está representado por un abogado defensor, es porque considera que existen elementos de juicio de cargo que impiden declararlos inocentes; consecuentemente, tal consideración, unida al hecho que la situación jurídica del ausente sigue pendiente y con una orden de detención en su contra, configura con toda claridad un supuesto de gravamen susceptible de alzada.

Por el *segundo* presupuesto –el carácter de parte– la impugnación, vinculada con la legitimación activa del recurrente, está reservada a las partes, porque son ellas las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la decisión judicial [45]. Sin embargo, aclara ROXIN, es posible aceptar legitimación a quienes no siendo partes puedan ser afectadas indirectamente por una resolución judicial, que es el caso de los intervinientes accesorios (v. gr.: decomiso de un bien –también afectados con la medida de embargo–, testigos lesionados por un auto judicial –es el caso de una medida de impedimento de salida o de una orden de presentación de un documento–) [46].

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

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

---

[44] Ejecutoria suprema de 10 de enero de 2002, Exp. Nº 4533-2001, Lima (*Normas Legales*, T. 314, julio, Trujillo, 2003, p. A15).

[45] Respecto a la parte civil, la Ejecutoria suprema de 24 de noviembre de 2000, Ayacucho, reitera la doctrina del alto Tribunal en el sentido que "la parte agraviada debe previamente constituirse en parte civil antes de la iniciación del juicio oral y que, *para hacer uso de los recursos que le franquea la ley*, debe reconocérsele expresamente esa calidad [...]" (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 70-71).

[46] ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 448.

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

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

2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

En lo atinente a los presupuestos objetivos, tenemos el *acto impugnable* y la *formalidad*. Por el primero, el Código de 1991 precisa que la impugnación procede contra las resoluciones expresamente previstas por la ley. Así tenemos: **a)** que el recurso de reposición se interpone contra los decretos; **b)** que el recurso de apelación procede contra las sentencias, los autos que resuelven cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia, o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, así como contra las resoluciones que la ley especial considere admisible; **c)** que el recurso de casación es interpuesta contra los autos de segunda instancia que importen sobreseimiento definitivo y contra las sentencias de vista respecto de delitos que tengan previsto una pena privativa de libertad mayor de cuatro años; y, **d)** que el recurso de queja procede contra las resoluciones que declaran inadmisible o improcedente el recurso interpuesto. El Código de 1940 no dedica una sección a las Disposiciones Generales sobre la impugnación penal y solamente prevé el recurso de nulidad y el de queja por denegatoria del recurso de nulidad (art. 292º y ss.); normas posteriores se han pronunciado sobre el recurso de apelación respecto de determinadas resoluciones, tales como sobreseimientos, autos de libertad provisional, de detención, de comparecencia, que se pronuncian sobre excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, y sobre sentencias (en procedimientos sumarios, de querella, sumaria investigación). Por aplicación supletoria al Código Procesal Civil, se incluyen actualmente el recurso de reposición y el de queja contra la denegatoria del recurso de apelación.

En cuanto a las formalidades, se entiende que la impugnación está sujeta a diversas formalidades, tanto respecto del acto impugnativo en sí, como al plazo en que se deduce, siempre perentorio [47]. Las formalidades, como ya se dijo, no son sacramentales y debe rechazarse el formalismo

enervante. Rige, en este campo, el principio de la canjeabilidad del recurso, en virtud del cual, como anota VÉSCOVI, si se interpone uno, queriendo oponer otro, debe admitirse este último, si corresponde, sustituyendo el usado por equivocación por la parte; salvo mala fe, error grosero o insuperable [48]. El art. 328º del Código de 1991 precisa que las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios expresamente establecidos, empero ello no significa que se acoja el principio de consumación, por el cual, elegida una vía se pierde una alterna [49]. Si media equivocación para denominar el recurso, debe proveerse según corresponda a la naturaleza de la resolución recurrida, aunque es de tener presente que la norma en mención lo que impide es la regla de la interposición subsidiaria de un recurso con otro al acoger el modelo de la unicidad de los recursos [49 bis].

Las impugnaciones se interponen por escrito, ante el juez que emitió la decisión cuestionada (arts. 357º CPC y 334º, primer párrafo, del Código de 1991) y en los plazos previstos por la ley [50]. La excepción, en cuanto a la escrituralidad, se encuentra en los recursos contra las sentencias expedidas en el acto oral, los cuales pueden interponerse oralmente (arts. 289º del Código de 1940 y 305º del Código de 1991). Los plazos son perentorios, por lo que si se interponen fuera de él carecerá

---

[17] La Corte Suprema ha puntualizado que los plazos señalados en la norma son de estricto cumplimiento, por lo que al haberse interpuesto fuera del término, resulta improcedente (Ejecutoria suprema de 14 de enero de 1997, Exp. Nº 5344-96-B [GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, Idemsa, Lima, 1997, T. III, p. 105]).

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

[19] GOZAÍNI: "Teoría general de la impugnación", cit., p. 34.

[19 bis] Por otro lado, la Corte Suprema ha sostenido, no obstante lo expuesto en sentido afirmativo en la ley procesal civil, que no procede la figura de la adhesión al recurso por no estar prevista en el ordenamiento procesal (Ejecutoria suprema de 13 de diciembre de 1978, Exp. Nº 2273-78, San Martín [Taramona, José R.: *Compendio de Ejecutorias Supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. II, pp. 117-118]).

[50] La Corte Suprema ha señalado que el derecho de impugnación del art. 139º.6 Const., no es absoluto sino que tiene sus límites en el ejercicio de otros derechos como lo es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Que otro límite al derecho de recurrir está dado por el plazo, que en el caso del recurso de nulidad es de 24 horas desde la expedición y lectura de la sentencia, o de notificación del auto impugnado, conforme lo establece el art. 295º del CPP (Ejecutoria suprema de 6 de julio de 1999, Exp. Nº 1576-99, La Libertad [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, Nº 1, Trujillo, 2001, p. 433]).

de valor, aunque el juez lo haya concedido erróneamente y la otra parte lo pretendiera convalidar [51]. Así se ha pronunciado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 14 de enero de 1997 [52]. También ha puntualizado la Corte Suprema que los términos para impugnar resoluciones, se cuentan desde la fecha de la notificación de las mismas, y que la notificación debida, no atribuible a la parte, no la puede perjudicar y negar derecho al recurso [53].

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

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

---

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

[52] Exp. Nº 5344-96-B, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 105).

[53] Ejecutoria suprema de 14 de mayo de 1990, Exp. Nº 522-87, Tacna (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 243-244).

cesal Civil sancionando la falta de motivación con la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto (arts. 378º.3 y 379º). El Código de 1940 no dice nada al respecto, al igual que el anterior Código de Procedimientos Civiles. Esta situación, sin embargo, se subsanó con la Ley Nº 27454, de 24 de mayo de 2001, que modificó el art. 300º del CPP de 1941, estableciendo –sólo para el caso de sentencias– un plazo adicional de 10 días para fundamentar los agravios.

IV. INTERDICCIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS* (54)

1. ASPECTOS GENERALES

La Ley Nº 27454, publicada el 23 de mayo de 2001, modificó el art. 300º del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa norma se encuentra en el ámbito del recurso de nulidad, expresamente ha sido extendida al recurso de apelación contra sentencias (Decreto Legislativo Nº 124), según el párrafo final del artículo único de la indicada Ley.

La ley tiene en rigor tres reglas generales de primera importancia. En *primer lugar*, si el recurso es interpuesto por uno o varios sentenciados, el Tribunal de alzada sólo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación (*reformatio in peius* y *iudex ne eat ultra petita partium*). En *segundo lugar*, como consecuencia del *favor rei*, las penas de los sentenciados no recurrentes sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable, y si el recurso es interpuesto por el Ministerio Público, el Tribunal de alzada podrá modificar la pena impugnada, aumentándola o disminuyéndola, "cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito". En *tercer lugar*, introduce sólo para las impugnaciones de sentencias, dada la ubicación del artículo modificado, una regla que consagra la formalización del recurso en la fase de su interposición: la motivación del mismo en el plazo de diez días, pues de lo contrario el mismo se declarará inadmisible.

(54) La expresión *reformatio in peius*, acota Giovanni LEONE (*Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 100-101), proviene de un célebre pasaje de ULPIANO: *Licet Enim nonunquam bene latas sententias in peius reformet* (pues es lícito en ocasiones reformar empeorando las sentencias bien pronunciadas). Genéricamente se enuncia así: prohibición de pronunciar una nueva sentencia más desfavorable al imputado sobre el mismo objeto.

2. LA REFORMA PEYORATIVA

A. La jurisprudencia nacional previa a la ley

La Corte Suprema aplicando literal y aisladamente el antiguo art. 300º del CPP, desde siempre y uniformemente, había sentado la doctrina jurisprudencial consistente en que el poder de revisión que le concedía la ley no estaba en función de quién recurría de un fallo o quién se conformaba con él, ni necesariamente del objeto del recurso, sino de la naturaleza del hecho punible objeto de instrucción y juicio. Entendía el Supremo Tribunal que tenía, *per se*, un poder de revisión general del fallo y del procedimiento. En tal virtud: que podía modificar la pena adecuándola al delito realmente perpetrado, en cuanto a calidad y cantidad, y a las circunstancias de su comisión; que cuando la norma decía "[...] aplicado al delito una que no le corresponde ...", podía modificar la tipificación del hecho, y, cuando estipulaba "pena [...] que no le corresponde por su naturaleza o por las circunstancias de comisión", podía corregir la sanción en función, de un lado, de lo que el tipo penal prescribía –criterio legal– y, de otro, de los factores de individualización de la pena prescritos en los arts. 45º al 46º-A del Código Penal, incluyendo las alternativas a las penas privativas efectivas de la libertad; y, que podía completar la sentencia, sin límite alguno, cuando se omitía señalar las penas accesorias, conjuntas, reparación civil y consecuencias accesorias.

Es del caso citar, en primer lugar, la Ejecutoria Suprema de 21 de abril de 1960, dictada en el Asunto "Víctor Manuel Torres Collantes", en cuya virtud la Corte Suprema decidió –pese a que el recurso lo interpuso la parte civil, y que el Fiscal Supremo proponía rechazar el recurso por no circunscribirse a la reparación civil–, que la impugnación se refería a la sentencia en su integridad y que, además, tenía la facultad de revisar el fallo, cualquiera sea la parte que interpone el recurso [55]. En segundo lugar, es de mencionar la Ejecutoria Suprema de 17 de enero de 1997 recaída en el Asunto "Alfredo Emilio Aquino López y otros", que establece que la Corte Suprema tiene la facultad para modificar la calificación del delito hecha por el Tribunal, y sancionar el hecho con-

[55] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año XVIII, Nº 198, julio, Lima, 1960, pp. 857-858.

forme al tipo penal que corresponde, así como a la forma y circunstancia en que se cometió el evento delictivo [56]. En tercer lugar, es de anotar la Ejecutoria Suprema de 4 de setiembre de 1985, recaída en el Asunto "Donatila Sauñe Ríos y otra", que reconoce la facultad del Supremo Tribunal de integrar una sentencia que omitió imponer las penas accesorias de inhabilitación e interdicción civil [57]. En cuarto lugar es de resaltar varias Ejecutorias Supremas que integran la sentencia de primer grado y fijan, ante la omisión de aquélla, el plazo de prueba, la pena de multa, el importe en días-multa, la pena accesoria de inhabilitación y las reglas de conducta en las penas suspendidas [58].

Una tendencia más restrictiva, aunque parcialmente tolerante con la indicada doctrina jurisprudencial suprema, se apreció en el Acuerdo Plenario Nº 8/97, de 16 de diciembre de 1997, de los Vocales Superiores de la República (jurisprudencia menor). Allí se sostuvo que el principio de *reformatio in peius* debe ser empleado como marco de referencia

---

[56] GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 52-53.

[57] *Normas Legales*, T. 140, Trujillo, 1986, pp. 262-263. Una Ejecutoria suprema anterior, de 4 de setiembre de 1970, se pronuncia en similares términos, invocando "... las buenas razones del principio de la economía procesal..." (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 1369).

[58] *Vid.* Ejecutorias supremas dictadas entre 1996 y 1998: Exp. Nº 3150-95-B; Exp. Nº 2341-95-B; Exp. Nº 2030-95-B; R.N. Nº 1286-96; R.N. Nº 1310-97; R.N. Nº 2546-97; Exp. Nº 5082-95-B; Exp. Nº 3805-97; Exp. Nº 1965-95-B; y Exp. Nº 3664-96 (todas en: ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, pp. 466-467, 470, 475-478 y 482-492). Otra Ejecutoria suprema, de 9 de febrero de 1994, recaída en el caso "John James Woods", se refiere a la pena de expulsión del país (ROJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 438-440). Es de resaltar que, anteriormente, la Corte Suprema anulaba las sentencias de primera instancia que omitían fijar algún extremo vinculado a la pena o la reparación civil; así, por ejemplo, la Ejecutoria de 13 de noviembre de 1944 (*El Peruano*, Lima, 23 de marzo de 1945), que declara nula la sentencia que no fija la reparación civil. Sobre este último extremo, la Ejecutoria suprema de 10 de febrero de 1993, recaída en el caso "Leonidas Álvarez Umeres y otros", consideró que era posible integrar el fallo de instancia respecto a la omisión de la reparación civil, por tratarse de cuestiones accesorias de la sentencia (ROJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 442-445). El fundamento legal enfatizado por el Supremo Tribunal para esta potestad de integridad es el art. 298º, penúltimo párrafo, del CPP (Cfr.: Ejecutorias supremas, de 8 de julio de 1996, recaída en el caso "Sabino Alejandro Joya Vallejos", y de 11 de enero de 1995, recaída en el caso "Fernando Martín Amaya García y otros" [ROJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 446 y 127-130, respectivamente]).

conceptual imprescindible al interpretar el Código; empero, entendió que el art. 300º CPP permitía a la Sala Revisora elevar la pena aun cuando el grado provenga del recurso único del imputado, pero sólo en la medida en que el fallo recurrido muestre una clara incongruencia entre las consideraciones de hecho y de derecho [59].

Recién, entre noviembre y diciembre de 2000, en la Corte Suprema –un Vocal Provisional– vino a quebrar esa sólida unanimidad [60]. Sostuvo, con apoyo en la doctrina argentina (citas de BIDART CAMPOS y LUGONES-DIEGO [61], aunque previamente reconoció que el originario art. 300º CPP imponía la *reformatio*, que tal institución no es aplicable por imperio del art. 139º.3 de la Constitución, pues imponer una sanción más grave cuando el recurso sólo proviene del imputado importa un fallo sin jurisdicción y lesiona el principio acusatorio; sin embargo precisó que si el fallo revisado viola el principio de proporcionalidad de las penas es del caso anularlo.

Finalmente, el Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores de la República Nº 6/2000, de 14 de octubre de 2000, incardinándose en una concepción uniforme en la doctrina procesalista sobre la materia, estimó –en su decisión segunda– que era de rigor proscribir la reforma de las sentencias en perjuicio de los sentenciados, cuando ellos son los únicos impugnantes. En el considerando segundo se señaló que el art. 300º CPP debía interpretarse restrictivamente y conforme a la Constitución: garantías del debido proceso y derecho de defensa, así como evitar fallos sorpresivos que lesionan el principio acusatorio.

---

[59] *Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 101-106.

[60] Ejecutorias supremas de: **1)** 1 de diciembre de 2000, Exp. Nº 122-99; **2)** 28 de noviembre de 2000, Exp. Nº 3931-00; **3)** 6 de noviembre de 2000, Exp. Nº 3585-00; **4)** 7 de noviembre de 2000, Exp. Nº 3522-00; **5)** 13 de diciembre de 2000, Exp. Nº 1059-99; **6)** 30 de noviembre de 2000, Exp. Nº 358-99 (Inéditas).

[61] Lino PALACIO (*Los recursos en el proceso penal*, cit., p. 34) sostiene, en esa misma perspectiva, que el indicado principio preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, en tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede, precisamente para asegurar su eventual mejora y asegurar la estabilidad de las resoluciones judiciales, que en los aspectos no impugnados configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician.

B. Fundamento de la reforma peyorativa

La Ley Nº 27454 abre una nueva tendencia en materia de recursos, al introducir expresamente este principio. Si bien la prohibición de reforma peyorativa no está expresamente enunciada en el art. 139º de la Constitución, representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión (art. 139º. 3 y 14 Const.).

Cuando no existe recurso de la parte contraria (Fiscal o Parte Civil), la reforma peyorativa afecta las garantías del principio acusatorio porque implica que se agrava la sentencia en perjuicio del recurrente, sin que otra u otras partes lo propicien con su recurso [62]; se infringe, por tanto, el principio acusatorio y se produce indefensión. En rigor, como enseña FENECH, la prohibición de la *reformatio in peius* se basa, más que en razones de índole jurídica –ya que en este sentido sólo pudiera alegarse el hecho de que el Juez o Tribunal *ad quem* dispone normalmente de menos fuentes de conocimiento que el Juez o Tribunal *a quo*, por no ser tan inmediato dicho conocimiento como el de éste–, en razones de política criminal, y debe conservarse en virtud de principios de justicia y equidad [63].

El Tribunal Constitucional (STC, Asunto "Ann Vallie Lynelle", de 21 de junio de 2002; STC, Asunto "Martha Guerra Carrasco", de 30 de setiembre de 2002) [64] ha señalado que la etapa recursal también está protegida por la garantía genérica de defensa en juicio (art. 139º.14 Const.) y que la interposición del recurso delimita la competencia del órgano judicial superior y prohíbe que se aumente la pena impuesta si ningún otro sujeto procesal he hecho ejercicio de los recursos impugnatorios. En consecuencia, si en un caso concreto el Fiscal no

---

[62] Ellen SCHLÜCHTER (*Derecho procesal penal*, cit., p. 166) señala que en la apelación o casación interpuesta sólo a favor del acusado rige la prohibición de la *reformatio in peius*; prohibición que no interviene cuando el recurso se ha interpuesto por el Fiscal en perjuicio de aquel, en cuyo caso la sentencia puede verse empeorada no sólo en el fallo, sino también en las consecuencias jurídicas.

[63] FENECH, Miguel: *Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1952, Vol. I, p. 53.

[64] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/1231-2002-HC.html; y http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/2082-2002-HC.html.

recurrió, aquel extremo debe entenderse como consentido y, por tanto, queda prohibido de reformar para empeorar.

C. Concepto de "reforma peyorativa"

Significa, según ROXIN, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo han recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor [65]. No rige, por tanto, en el caso de las apelaciones múltiples o cruzadas [66]. Con ello se debería lograr que nadie se abstenga de la interposición de un recurso por el temor de ser penado todavía más gravemente en la instancia siguiente. Queda claro que no existe "prohibición de mejorar", sino que, antes bien, la decisión impugnada sólo por la Fiscalía en perjuicio del acusado puede ser modificada a favor de éste.

La reforma peyorativa se sitúa en el ámbito de los poderes del Tribunal *ad quem*. Según CALDERÓN CUADRADO [67], la amplitud de los poderes del Tribunal Revisor está sujeta a dos limitaciones (frente a un recurso, como se sabe, el Tribunal *ad quem* está en la misma posición ante el objeto del proceso y con idéntica plenitud de conocimiento que el juez *a quo*).

La *primera limitación* deriva del necesario respeto de la pretensión impugnatoria, pues la segunda instancia no puede abrirse de oficio [68];

---

[65] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 454-455.

[66] Un caso de impugnación múltiple fue contemplada por el Tribunal Constitucional (STC Asunto "Lucy Tirado Vásquez", de 28 de enero de 2000), indicando que "...el objeto del art. 300º CPP es el de prohibir en nuestra legislación procesal la *'reformatio in peius'*, esto es, impedir que cuando únicamente el propio sentenciado impugne la recaída en el proceso penal que se le sigue, se perjudique con el aumento de la pena impuesta en primera instancia, *situación que no es de aplicación cuando además de éste, el representante del Ministerio Público o únicamente este último apela la sentencia expedida*, pues en estos últimos casos, la Corte Suprema puede evidentemente aumentar o reducir la 'pena impuesta" (en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0078-2002-HC.html).

[67] CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., p. 103.

[68] Esta nota característica de todo recurso impugnatorio constituye la materialización del principio acusatorio en segunda instancia, que busca garantizar la imparcialidad del juzgador. En tal virtud, apunta LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, cit., pp. 107-109), la acusación en segunda instancia se materializa en el escrito de formalización del recurso; la preexistencia de una acusación clara y precisa es necesaria, pero la acusación formulada ante el Juez *a quo* no es suficiente pues debe volver a formularse ante el Tribunal que conoce del recurso.

lo que se sigue del brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devuelto, como apelado), que da lugar a dos concreciones: (1) *iudex ne eat ultra petita partium* (no se extienda el juez más allá de lo que pidan las partes) en cuya virtud el Tribunal Superior sólo resuelve los motivos de la alzada; y, (2) prohibición de la *reformatio in peius*, por la cual el Revisor no puede infligir una consecuencia jurídica más grave que la impuesta por el inferior. Ello es así, dice MANZINI, porque las impugnaciones tienen carácter de control y de garantía y, por tanto, no sirven a la aplicación directa del interés público [69].

La *segunda limitación* deriva de la oralidad y la inmediación como reglas básicas del proceso penal. La apelación peruana, siguiendo aquí la tesis de VARELA GÓMEZ, permite una nueva valoración y apreciación de las pruebas practicadas en primera instancia en relación con los hechos alegados, siempre –claro está– dentro de las pretensiones de las partes [70]. El órgano *ad quem*, por tanto, puede considerar probado o no probado un hecho que antes se declaró probado o no probado.

El Tribunal *ad quem* está habilitado para realizar una valoración de la prueba diferente a la verificada por el Juez *a quo*. El Tribunal *ad quem* –es de insistir– puede valorar las pruebas practicadas en la instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*. No está circunscrito a constatar que en el fallo de primera instancia se ha producido un evidente y manifiesto error; a que la relación de hechos sea incompleta, incongruente o contradictoria; a que la prueba practicada en primera instancia ha sido desvirtuada por una nueva prueba en la alzada; o a que el *a quo* ha realizado, sobre un hecho básico, una interpretación ilógica o torcida. Debe respetarse la declaración de hechos probados cuando el acerbo probatorio se basa generalmente respecto de la prueba personal, donde la oralidad y la inmediación son fundamentales, pero ello puede alterarse cuando se trata de pruebas en las que esencialmente la inmediación no tiene un valor absoluto. Tal es el caso de la valoración diferente de la credibilidad de declaraciones contradictorias, o de la apreciación de datos objetivos que fluyen de inspecciones oculares o de diligencias de reconocimiento en rueda o

---

[69] MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1954, T. V, pp. 139-141.

[70] VARELA GÓMEZ: *El recurso de apelación penal*, cit., pp. 301-302.

fotográfico, de la compulsa de prueba instrumental o de la prueba pericial.

La justificación del límite de la prohibición de reforma peyorativa, en lo civil –es unánime–, es la vigencia del principio dispositivo. Empero, en lo penal, según CALDERÓN CUADRADO, no lo es el acusatorio, la contradicción, la prohibición de indefensión, ni la regla del *tantum devolutum quantum appellatum* [71]. El reexamen de la cuestión litigiosa se hace realidad a instancia de la parte que se considera agraviada por la decisión, por tanto es ella la que delimita el ámbito de conocimiento del Tribunal *ad quem* respecto del objeto procesal de la instancia, ocasión en que sí entra en consideración la regla del *tantum devolutum quantum apellatum*, en virtud de la cual el tribunal superior debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso.

La *reformatio in peius*, en consecuencia, constituye un principio general para todas las impugnaciones devolutivas; y como tal, aplicable, por analogía, también a aquellos casos en que no esté expresamente prevista [72]. Vista su categoría de principio general, apunta GARBERÍ LLOBREGAT, se entiende que la decisión del Tribunal *ad quem* no puede agravar la situación en la que se encontraba el recurrente en relación con la resolución objeto de su propio recurso: ese es el núcleo esencial de la institución.

D. Contenido de la reforma peyorativa

En general, la *interdicción de la reforma* peyorativa significa prohibición de pronunciar una nueva sentencia más desfavorable para el imputado. Para este efecto es de verse el contenido del fallo en su totalidad y, sobre esa base, se impide que se empeore la situación jurídica global del apelante. Sin embargo, el nuevo art. 300º CPP parece reducirla a la pena. No se pronuncia acerca de la reparación civil ni de las medidas de seguridad y consecuencias accesorias.

1. *Penas impuestas por el a quo violando principio de legalidad penal.* La Corte Suprema de Colombia [73], en sus sentencias de 26 de octubre de

---

[71] CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 105-106.

[72] LEONE: *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 102.

[73] *Vid.* SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *El debido proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 330-338.

1994, 29 de julio de 1992, 9 de agosto de 1993 y 6 de octubre de 1994, consideró que el principio de legalidad penal también es de jerarquía constitucional y, por tanto, la *reformatio in peius* se aplicará siempre que no se vulnere esa garantía, pues en esos casos el juez tiene la obligación constitucional de adecuar el fallo a la normatividad existente, porque su deber es garantizar la legalidad del proceso. La *reformatio in peius* se aplicará siempre que el fallo recurrido se ajuste a la realidad constitucional y legal.

Empero, la Corte Constitucional de Colombia (en sus sentencias de 27 de julio de 1995: T-327/95; de 5 de junio de 1992: T-413/92; de 29 de julio de 1992: T-474; y, otras en similar sentido), desestimó ese criterio. Apuntó que el superior es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de la pena impuesta al apelante único, dado que el punto no es materia del problema jurídico planteado por el recurrente y el sistema acusatorio y la prohibición de la *reformatio in peius* le impiden al *ad quem* intervenir *ex oficio*, y le imponen la obligación de actuar sólo con carácter dispositivo, conforme a la limitación fijada por la apelación y las pretensiones que contiene. Si el *a quo* incurrió en error y el Fiscal no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el Tribunal *ad quem*; los recursos son mecanismos tendentes a eliminar error, pero errores que el juez de segunda instancia pueda jurídicamente enmendar, para cuya enmienda tenga competencia. Ello viola el derecho de defensa y el debido proceso.

En igual sentido se ha pronunciado MANZINI [74] y LEONE [75].

2. *Las medidas de seguridad.* El art. 300º CPP sólo hace mención a las penas, ¿significa, entonces, que las medidas de seguridad están al margen de la regla? Se puede sostener, como se opina en Alemania (*vid.* ROXIN), respecto de la internación en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento educativo, que ello sólo puede ser provechoso y nunca perjudicial para el acusado. En Italia, igualmente, la regla de la prohibición de la *reformatio in peius* está excluida en las medidas de seguridad, pues –acota LEONE– es una consecuencia jurídica del delito distinta de la pena.

---

[74] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 142. Empero, este autor señala que el principio tiene como presupuesto que la pena infligida por el primer juez sea legal, mientras que, si no lo es, no puede valer como término de comparación (*loc. cit.*, p. 143).

[75] LEONE: *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 105.

No obstante ello, es de tener en cuenta la concepción de un dualismo relativo en las relaciones entre pena y medida de seguridad, que permite rechazar la presunción de que toda medida de seguridad siempre es más favorable al reo; pena y medida de seguridad, dice el Proyecto Alternativo alemán, tiene como objetivo garantizar la seguridad de las personas [76]. A ello se agrega que la proscripción de la *reformatio in peius* es un principio general de los recursos, basado en el derecho a la tutela jurisdiccional, a la garantía de defensa en juicio y al principio acusatorio, así como que el *ad quem* sólo se pronuncia por la jurisdicción que se le entrega y por los motivos que lo convocan. Por consiguiente, no es posible que *ex officio*, sobre la base de la pretendida favorabilidad intrínseca de las medidas de seguridad –lo que es cierto pues toda medida importa una afectación a los derechos del imputado, sin importar que carezca de culpabilidad o sea peligroso–, se imponga al recurrente único una medida de seguridad que incida más intensamente sobre sus derechos.

3. *La reparación civil.* Una posición interesante, plenamente asumible en nuestro ordenamiento jurídico, la tiene el Tribunal Constitucional español. En efecto, en sus SSTC de 7 de mayo de 1987 y las últimas de 31 de enero de 2000 y de 21 de julio de 2000 [77], sostiene que respecto de la reparación rige la prohibición de la *reformatio in peius*, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum apellatum*. Si no hay petición de una parte recurrente no es posible el incremento del alcance devolutivo del recurso, y, por ello, los poderes del órgano de apelación. Se entiende, además, que el monto nunca puede ser superior a lo que solicitan las partes acusadoras y, en el caso del recurso, a lo que peticionan los recurrentes. Si el acusado cuestiona el monto, éste no puede ser aumentado en virtud de su único recurso.

La aplicación de la interdicción de la *reformatio in peius* se basa en que se trata de una regla general de la impugnación, por lo que aun cuando la ley sólo mencione las penas puede extenderse analógicamente a la reparación civil e, inclusive, a las consecuencias accesorias. El principio comprende todas las consecuencias jurídicas del fallo.

---

[76] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 293.

[77] *Vid.* JAÉN VALLEJO, Manuel: *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 60-61 y 299.

4. *El querellante y las partes distintas del imputado.* La raigambre constitucional del instituto de la no *reformatio in peius*, como ha dicho la Corte Suprema de Argentina en el caso "Parera", sólo se refiere al procesado. Si el Fiscal o la parte civil apelan, en función a los intereses públicos del proceso y el principio del *favor rei*, es posible al Tribunal *ad quem* modificar el fallo a favor del imputado aun cuando él no sea el recurrente y se haya conformado con la sanción y/o la reparación civil.

El tercer párrafo del nuevo art. 300º CPP, para el caso del Ministerio Público, autoriza al Tribunal *ad quem* inclusive a disminuir la sanción impuesta en primera instancia no obstante la conformidad del imputado y la impugnación del Fiscal. Ello es así porque, primero, no existe una "prohibición para mejorar". Aquí se fundamenta lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 300º CPP, al decir que las "penas de los sentenciados que no hayan sido objeto de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable" [78], y, segundo, porque el Ministerio Público es una autoridad objetiva de justicia que apunta a la adecuada actuación de la ley.

5. *La imposición de pena más grave que la solicitada por el Fiscal.* El segundo párrafo del nuevo art. 300º CPP permite la modificación de la pena "... cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito". Un tema conflictivo es si se puede imponer una pena mayor que la pedida por el Fiscal recurrente en su escrito de acusación escrita u oral. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en su STC de 2 de marzo de 2000, dice que hacerlo sin indicar el precepto que ha podido servir de apoyo al incremento de la pena ni precisar cuáles fueron las razones que la justificaran, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional. Este criterio ha sido repetido en la STC Nº 122/2000, de 16 de mayo de 2000.

---

[78] Nuestra Corte Suprema había reconocido, desde siempre, el efecto extensivo del recurso para los no recurrentes, aunque –como ya se apuntó– sin atender a la interdicción de la reforma peyorativa. Es explicativa al respecto la Ejecutoria suprema recaída en el asunto "Eulogio Nicolás Vásquez Cedrón y otra", de 14 de noviembre de 1979, Exp. Nº 2511-79, Lima, en la que –sintomáticamente– absolvió a una acusada que se conformó con el fallo de primera instancia pese a que no recurrió, sosteniendo que "... *la circunstancia de que la acusada [...] no interpusiera recurso de nulidad de la sentencia que la condena [...], no obsta para que este Supremo Tribunal examine y resuelva su condición jurídica de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 301º del Código de Procedimientos Penales* ..." (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 110-112). Cabe señalar que el art. 301º CPP, invocado en la Ejecutoria, estipula que la Corte Suprema, al conocer de un recurso, puede absolver al reo cuando no considera fundada la sentencia condenatoria.

3. VARIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO RECURSAL

El cuarto párrafo del nuevo art. 300º CPP impone el deber de fundamentación del recurso de nulidad, que el párrafo *in fine* extiende al de apelación, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad. En virtud de esta norma se incorpora una regla en la fase de interposición del recurso: la de formalización del mismo.

La fundamentación tiene dos extremos. El primero, implica precisar el agravio y el vicio o error que da lugar al recurso (art. 358º CPC). El segundo, requiere que se expresen los fundamentos fácticos y jurídicos (de derecho material o de derecho procesal) que apoyan los agravios que se denuncian. Al *a quo* no le está permitido valorar la fuerza o contundencia de los argumentos, sólo analizará si existe una motivación –aporte de razones que justifican la pretensión impugnatoria– en función a los agravios denunciados.

El citado párrafo del nuevo art. 300º CPP permite diferenciar dos situaciones procesales. La *primera*, estriba en que la fundamentación del recurso tiene un plazo común de diez días y presupone la interposición del mismo; se trata, pues, de dos momentos y actos procesales distintos, de suerte que para este último es necesario el requerimiento del órgano judicial *a quo*, a partir del cual empieza a computarse el plazo de diez días. La *segunda*, consiste en que la exigencia de fundamentación se circunscribe a las sentencias, por lo que quedan al margen los autos. Tal vez puedan incluirse en el ámbito del objeto impugnable los autos que ponen fin a la instancia, dado su carácter definitivo.

4. COSA JUZGADA Y ADECUACIÓN DE PENA

El primer párrafo de la Disposición Transitoria Única de la Ley Nº 27454 dispone la aplicación retroactiva del nuevo art. 300º CPP. Se ampara, al efecto, en el art. 103º, segundo párrafo, de la Constitución, y en el art. 6º, segundo párrafo, del Código Penal. Más allá que las citas de ambos numerales, en estricto sentido, no son correctas, dado que están referidas a normas sancionadoras de carácter sustantivo, el segundo párrafo de la indicada disposición transitoria dispone que "los sentenciados a quienes se [les] hubiere aplicado una pena más grave, podrán solicitar la adecuación de la pena a la instancia que expidió el fallo impugnado. La condena se adecuará a la pena impuesta en la primera instancia".

A este respecto, la Corte Suprema (Ejecutoria Suprema de 10 de enero de 2002, Exp. Nº 4039-01-La Libertad) [79] ha sostenido que tal disposición es inconstitucional por ser implicante con el art. 139º.2 de la Constitución, desde que deja sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, al disponer expresamente la modificación de una sentencia. Por nuestra parte consideramos equivocada esa decisión, puesto que la naturaleza del art. 300º CPP, al consagrar la interdicción de la *reformatio in peius*, se incardina en el derecho a la tutela jurisdiccional, en la garantía de la defensa en juicio y en el debido proceso, por lo que tal carácter fundamental permite una norma de aplicación, propia del derecho transitorio o intertemporal, con efectos retroactivos, tanto más si persigue proteger en mayor medida el derecho constitucional material de la libertad individual y una regla derivada como es la del *favor libertatis*.

Recuérdese que el Código penal permite alterar la cosa juzgada en beneficio del reo y que el Código de Procedimientos Penales, en los supuestos de *propter nova* y *propter falsa*, abre paso a la rescisión de sentencias firmes de condena. Ello explica que cuando se trata de favorecer al reo como consecuencia de un cambio de concepción jurídica, más aún si ésta se sustenta –como en este caso– en una apreciación más amplia de las exigencias constitucionales, incardinando la no *reformatio in peius* en la propia Ley Fundamental, la conclusión político criminal sea la de ampliar los efectos de la vigencia en el tiempo de la nueva ley.

V. PROCEDIMIENTO RECURSAL

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

La *primera fase*, no siempre presente, es la de *preparación*, en cuya virtud se solicita al juez *a quo* copia auténtica de las piezas procesales para acudir al superior jerárquico, que es ante quien se interpone el

[79] *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 13, marzo, Trujillo, 2002, pp. 57-59.

recurso; este sería el caso del recurso de queja por denegatoria de los recursos de apelación, casación y nulidad. La *segunda fase* es la de *interposición*, obligatoria en todo procedimiento recursal, en mérito a la cual se impugna una resolución; el escrito, según los sistemas procesales, puede contener una simple petición reformadora de la resolución, que es el caso del modelo del Código de 1940, o puede contener la fundamentación del agravio, que es el caso del modelo del Proyecto de 1995 (el Código de 1991 sólo exige la mención específica de los puntos de la resolución a la cual se refieren los agravios). La *tercera fase* es la *admisión o inadmisión*, en mérito a la cual el Juez examina los requisitos formales para conceder o rechazar el recurso, trámite que es cumplido, en nuestro sistema, por el Juez *a quo*, sin perjuicio que el Juez *ad quem* puede revisar la conformidad de la admisibilidad o procedencia del recurso, "en tanto que es el juez del recurso y está en juego principios de orden público que hacen a la jurisdicción de la alzada y a la competencia funcional, dejándose de aplicar en este caso el principio dispositivo y descartándose todo efecto preclusivo sobre lo decidido en punto a la forma de concesión del recurso en la instancia de origen" [80]. La *cuarta fase* es la de *sustanciación*, que consiste en el examen de fondo, con una más o menos compleja tramitación, que importa una parte alegatoria, otra de prueba y una de conclusión. La *quinta fase* es la de *resolución*, o fase decisoria del recurso [81]. La resolución de vista se resuelve con mayoría de votos. En el procedimiento penal, salvo la casación y el recurso de nulidad (trámite ante la Corte Suprema), no se recurre a la discordia.

Según el art. 334º del Código de 1991, que en lo esencial ha sido seguido por el art. 384º del Proyecto de 1995, recibidos los autos por el Superior, el primer trámite es la vista fiscal, el cual se realizará siempre que la ley expresamente lo determine. Regresado el proceso con el dictamen fiscal, se correrá traslado a las partes recurrente y recurrida, inclusive a los no recurrentes, a fin de que presenten sus alegatos escritos: esta es la oportunidad que tiene el recurrente para fundamentar el recurso. A continuación se señala día y hora para la vista de la causa, que es un trámite impuesto por el TUO de la LOPJ. La vista tendrá lugar dentro del quinto día de hallarse expedita cuando se trata de autos y de

---

[80] SOSA, Gualberto Lucas: "Procedimiento ordinario en segunda instancia", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, p. 138.

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

sentencias con reo en cárcel, mientras que si se trata de sentencias con reo libre el plazo es de treinta días. El informe oral sólo es procedente cuando se trata de impugnación de sentencia o de autos que ponen fin al proceso (arts. 131º y 132º). Es de advertir, como tiene determinado el Tribunal Supremo, que si pese a haberse solicitado informe oral a la vista de la causa se obvia este trámite, se incurre en causal de nulidad insanable al lesionar irrazonablemente el derecho constitucional de defensa [82]. La resolución se dictará en el plazo de tres días si se trata de procedimientos con detenido, y de cinco días en los demás casos, salvo disposición contraria de la ley.

La etapa probatoria dentro de la fase de sustanciación no está aceptada en el procedimiento recursal. Sólo el trámite de apelación de sentencias en el supuesto del Proyecto de 1995 permite un momento de actividad probatoria, siempre limitado a pruebas que no se pudieron promover en primera instancia o que propuestas fueron indebidamente denegadas, respecto de la cual se hubiera formulado la oportuna reserva, o que habiendo sido admitidas no pudieron actuarse por causas no imputables al recurrente (art. 392º.2), caso en el cual se realiza una audiencia de apelación (art. 392º.4).

VI. EFECTOS DE LOS RECURSOS

1. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva general, conforme enfatiza GOZAÍNI [83] siguiendo a HITTERS, la interposición de un recurso produce diversas y variadas consecuencias. A saber: 1) interrumpe la concreción de la *res iudicata*; 2) prorroga los efectos de la litispendencia; 3) en ciertos casos determina la apertura de la competencia del superior (efecto devolutivo): 4) imposibilita el cumplimiento del fallo (efecto suspensivo); y, 5) limita el examen del *ad quem* en la medida de la fundamentación y del agravio.

En rigor, sobre las bases ya indicadas, ORTELLS RAMOS [84] destaca que todo recurso genera un *primer efecto* necesario: impedir la producción de

---

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

[83] GOZAÍNI: "Teoría general de la impugnación", cit., p. 47.

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

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

Es de aclarar, conjuntamente con Jaime SUAU MOREY, que la *reformatio in peius* se produce cuando el Tribunal Superior no utiliza adecuadamente sus poderes sobre el proceso, y en lugar de limitarse a resolver el recurso planteado, se extralimita y agrava la condición del recurrente [85].

La prohibición de la *reformatio in peius*, de modo esencial, como recuerda José APARICIO CALVO–RUBIO [86], tiene una dimensión constitucional, bien por la vía de la interdicción de la indefensión y de la idea misma de tutela judicial efectiva, como por la de un proceso con todas las garantías, particularmente la de ser informado de la acusación y de los motivos del recurso, y la de limitación de los poderes del Juez de la alzada (art. 139º, incs. 3 y 14, de la Constitución). Por otro lado, el contenido material del recurso viene enmarcado por la pretensión concreta del recurrente, en cuya virtud el juez superior no puede resolver "*ex officio*" y "*extrapetitum*", lo que se fundamenta, en primer lugar, en la efectividad del principio acusatorio; en segundo lugar, en la operatividad del axioma "*tantum apellatum, quanto devolutum*"; y, en tercer lugar, en los principios de rogación y de congruencia.

Estas limitaciones han sido recogidas por el art. 332º del Código de 1991 que, en primer lugar, delimita el conocimiento del Revisor a los

---

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

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

puntos a que se refieran los motivos del recurso, y, en segundo lugar, impide modificar la resolución en perjuicio del imputado si el recurso sólo ha sido interpuesto por él, incluyendo una excepción en el caso del Ministerio Público, cuya impugnación permitirá revocar o modificar la resolución aun en favor del imputado. La Corte Suprema, en cierta medida y en alguna ocasión ha precisado que constituye grave infracción de la ley no absolver el grado y pronunciarse por un tema que no ha sido objeto de trámite y por el cual carece de jurisdicción [87].

Por otro lado, según destaca CORTÉS DOMÍNGUEZ, los recursos penales pueden producir el efecto devolutivo, el suspensivo y el que la doctrina ha llamado con acierto *efecto extensivo* [88].

2. EL EFECTO DEVOLUTIVO

El *efecto devolutivo* responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior [89]. Mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano *ad quem* y, por tanto, produce la pérdida de la jurisdicción del órgano *a quo* sobre el punto objeto de la impugnación. En nuestro sistema el único recurso no devolutivo es el recurso de reposición, pues lo resuelve el mismo juez que emitió la resolución cuestionada.

3. EL EFECTO SUSPENSIVO

El *efecto suspensivo* significa que se paraliza la ejecución o cumplimiento de la resolución recurrida. Constituye la aplicación del principio romano de "*appelatione pendente nihil innovarum*". Ahora bien, como aclara VÉSCOVI, la suspensión sólo alcanza al acto impugnado, "...no afecta los demás actos, ni el desarrollo del procedimiento mismo, salvo que la continuación de éste sea incompatible con la impugnación o la posible revisión del acto. Así, si se impugna un medio probatorio,

---

[87] Ejecutoria suprema de 8 de agosto de 1992, Exp. N° 734-72, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 205).

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

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

no será necesario detener el trámite de los demás medios. Tampoco la impugnación de la sentencia definitiva impide al tribunal seguir conociendo otros aspectos del procedimiento, sólo le impide ejecutar su sentencia" (90).

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

El problema del efecto suspensivo del recurso contra las resoluciones definitivas, sin embargo, debe estudiarse desde otra perspectiva, esto es, en su directa incidencia con los derechos a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por contra, con el derecho del Estado a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso. En tal virtud, como enseña CORTÉS DOMÍNGUEZ (91): **a)** si se impugnan *sentencias absolutorias*, el recurso no puede en ningún caso entorpecer, por ejemplo, la excarcelación del imputado así como impedir la cancelación de las medidas cautelares que se hayan podido tomar a lo largo del proceso, que son evidentes manifestaciones de un "efecto ejecutivo" de la sentencia, aun cuando ésta no sea condenatoria; y, **b)** si se recurre una sentencia condenatoria, no es apropiado afirmar que el recurso produce el efecto suspensivo, pues si fuera así no se explicaría el cambio de la situación personal del condenado que hubiese estado previamente en libertad; además, el mantenimiento de la detención después de la impugnación de una condena no es técnicamente ejecutar la sentencia, sino mantener la situación cautelar que en ese caso es personal pero que es igualmente aplicable a situaciones cautelares reales. La impugnación de una sentencia condenatoria no debe producir, por sí sola, modificación alguna de la situación personal del acusado-condenado ni de las medidas cautelares que en su momento pudieron tomarse.

(90) VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 57.

(91) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 637-638.

4. EL EFECTO EXTENSIVO

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

La Corte Suprema, en una decisión de 14 de noviembre de 1979, expresamente reconoció el efecto extensivo del recurso en el sistema procesal vigente. Sostuvo en esa ocasión que la circunstancia que una acusada no interpusiera recurso de nulidad de la sentencia que la condenó, no obsta que no se examine y resuelva su situación jurídica. En esa oportunidad, el Supremo Tribunal la absolvió de la acusación fiscal [92].

Según CLARIÁ OLMEDO, este efecto extensivo o comunicante del recurso, es una excepción al principio de la personalidad de la impugnación, justificado en razón a que en el proceso penal se discuten intereses de carácter público sustraído de la esfera dispositiva de las partes [93]. Su fundamento, acota LEONE, es evitar el conflicto de fallos, en virtud del cual la ley desarrolla un conjunto de instrumentos preventivos para evitarlo (acumulación en delitos conexos, recurso de casación por quebramiento de forma por contradicción en los hechos) y, en última instancia, el represivo extraordinario de la revisión [94]. Dicho autor, además, diferencia el efecto extensivo de la resolución de grado, en cuya virtud –como ya se dijo– el juez *ad quem* puede extender su decisión respecto de los coimputados, del efecto extensivo de la impugnación, que consiste en el derecho de una parte que no ha propuesto la impugnación a participar en el juicio de impugnación promovido por otra parte, con la cual tenga interés idéntico, afín o conexo [95], que, como

---

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

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

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

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

recalca CORTÉS DOMÍNGUEZ, es una consecuencia de la vigencia, a su vez, del derecho de defensa consagrado en la Constitución [96].

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

5. EL EFECTO DIFERIDO

El art. 333º del Código de 1991 reconoce otro efecto que pueden tener los recursos: el diferido. Procede esta modalidad recursal en los procedimientos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento u otra resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal o que haga imposible que continúe respecto de alguno de ellos, estando pendiente el enjuiciamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al tribunal *ad quem* recién se producirá cuando se dicte sentencia que ponga fin a la instancia.

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

VÉSCOVI señala que el efecto diferido se incluye dentro de los recursos sin efectivo suspensivo. La finalidad de admitir esta forma de recurrencia, que funciona como una reserva para el caso en que el expediente sea luego elevado en alzada interpuesta contra la sentencia definitiva, es la celeridad, evitando continuas interrupciones del procedimiento principal [97].

VII. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

La primera y más conocida clasificación de los recursos es en *ordinarios* y *extraordinarios*. El primero, se da con cierto carácter de normalidad

---

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

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

dentro del proceso, procede libremente sin exigencias adicionales; el segundo, en cambio, es excepcional y limitado, pues sólo procede contra determinadas resoluciones y por motivos tasados en la ley. En esta perspectiva, el único recurso extraordinario es el de casación, no así el vigente de nulidad por cuanto no obedece a motivos tasados ni impide al juez *ad quem* pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa.

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

CAPÍTULO XXX
EL RECURSO DE REPOSICIÓN

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

I. CONCEPTO Y NATURALEZA

En el derecho comparado este recurso también recibe los nombres de revocatoria, súplica, reforma y reconsideración. Siguiendo a Jorge Walter PEYRANO consideramos que el término "reposición" es el más correcto; proviene de una definición hispánica que apuntaba a subrayar que con dicho recurso se persigue dejar al pleito en el mismo estado que estaba antes de dictarse la resolución recurrida [98].

Se define el recurso de reposición como recurso "...tendiente a obtener que en la misma instancia donde una resolución fue emitida, se subsanen, por contrario imperio, los agravios que aquélla pudo haber inferido". Es, por consiguiente, un recurso para que el mismo órgano y, por ende, en la misma instancia, reponga su decisión por contrario imperio [99]. Se trata, por consiguiente, de un medio no devolutivo.

Este recurso tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia a través del expediente de otorgarle al tribunal autor de una resolución la oportunidad de corregirla luego de un nuevo estudio de la cuestión. Esta posi-

---

[98] PEYRANO, Jorge Walter: "El recurso de reposición", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, p. 70.

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

bilidad permite, a su vez, una revocatoria por contrario imperio, esto es, una retractación mediante el dictado de una nueva resolución que deja sin efecto una anterior: retractación consumada en ejercicio de la misma potestad ("imperio") que antes le permitiera dictar la resolución impugnada [100].

II. RESOLUCIONES RECURRIBLES

El art. 338º del Código de 1991 se limita a sostener que es objeto del recurso de reposición un decreto. Entendemos por decreto, según lo dispuesto en el art. 121º, primer párrafo, del Código Procesal Civil, aquella resolución que impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite. Se trata, pues, de las resoluciones de menor importancia en la escala, porque, justamente, este medio impugnativo se da, generalmente, en lugar de la apelación, o cuando no corresponde la apelación [101].

Este recurso, explica CLARIÁ OLMEDO, puede interponerse ante cualquier tribunal que esté a cargo del proceso conforme a su competencia funcional; vale decir que la reposición procede tanto durante el curso del sumario como del plenario y también durante el trámite de recurso de alzada [102].

III. PROCEDIMIENTO

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

[100] PEYRANO: "El recurso de reposición", cit., p. 71.

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

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

interposición del recurso tiene un plazo de un día, obviamente el plazo para la contestación del mismo debe ser similar), vencido el cual resolverá con su contestación o sin ella.

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

El pronunciamiento sobre la resolución es preclusivo. No cabe contra el auto que la resuelve recurso alguno. Es indudable, señala VÉSCOVI, que no se puede admitir que se siga recurriendo, por razones de abreviación, siendo suficiente garantía la de admitir el planteo del recurso por una vez, como lo dispone el art. 363º *in fine* del Código Procesal Civil, tanto más si se trata de cuestiones no trascendentales [103].

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

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

CAPÍTULO XXXI
EL RECURSO DE APELACIÓN

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Apelación contra resoluciones instructoras. III. Apelación contra sentencias. IV. Algunos principios de la apelación penal: 1. Limitación del conocimiento del Juez *ad quem*. 2. Prohibición de pronunciarse sobre los no apelantes. 3. Extensión de la competencia en los supuestos de estrecha relación. 4. Competencia para estudiar los presupuestos de validez del proceso. 5. Vigencia de la "*reformatio in peius*". 6. Posibilidad de apreciar nueva prueba. 7. El Juez *ad quem* puede condenar al absuelto. 8. Necesidad de nueva audiencia.

I. ASPECTOS GENERALES

Las resoluciones judiciales pueden estar viciadas, acota CORTÉS DOMÍNGUEZ, por un doble orden de motivos: en primer lugar, por *vicios de actividad*, que son irregularidades en algunos de los actos externos que componen la sentencia y el proceso que la antecede; y, en segundo lugar, por *defectos de juicio*, que son las desviaciones o equivocaciones que sufre el juez en la labor lógica que debe llevar a cabo en la resolución [104]. En tal virtud, es posible hablar de resoluciones inexistentes, en el primer caso, y resoluciones regulares pero con defecto de razonamiento, en el segundo caso. Para remediar esto último nace el *medio de gravamen*, por el cual se busca remediar el error judicial en una sentencia equivocada y por tanto injusta, cuyo medio típico es el recurso de apelación.

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

---

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

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

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

En virtud de lo expuesto, se define el recurso de apelación, siguiendo a ESCUSOL BARRA, como aquel medio de impugnación de resoluciones judiciales, por el que se pretende que el órgano jurisdiccional superior jerárquico del que dictó la resolución apelada (es un recurso parcialmente devolutivo y vertical), valore los planteamientos del recurrente y deje sin efecto la resolución recurrida o la sustituya por otra que sea acorde con la ley [105]. A través de la apelación, aclara ORTELLS RAMOS, el Juez Revisor puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con toda la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional [106].

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

---

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

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

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

La competencia funcional para conocer del recurso de apelación contra las resoluciones instructoras dictadas por el Juez Penal la tiene la Sala Penal Superior. En el caso de los juicios por faltas, la competencia funcional la tiene el Juez Penal. El recurso de apelación se interpone por escrito con firma de Letrado. Para su procedencia no se exige fundamentación, pero sí la precisión de los agravios que ocasiona la resolución recurrida, la cual se difiere al procedimiento recursal, antes de que se absuelva el grado. La sustentación del recurso, explican BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, está orientada a impedir la inútil dilación de los procesos y a exigir del recurrente que señala, así sea someramente, las razones que lo llevan a impugnar la decisión, y debe entenderse como la enumeración en forma clara y precisa de los fundamentos del disenso [107].

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

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

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

II. APELACIÓN CONTRA RESOLUCIONES INSTRUCTORAS

El recurso de apelación es un recurso ordinario y principal, no subsidiario, que se interpone ante el mismo juez que dictó el auto cuestionado. El plazo de interposición del recurso es, aparentemente, de un día en el Código de 1940, si es que se aplica supletoriamente el art. 295º de dicho Cuerpo de Leyes, modificado por el Decreto Ley Nº 21895. Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido recientemente que tratándose de autos, ante la falta de norma expresa, es de acudir en vía supletoria al Código Procesal Civil por imperio de su Primera Disposición Complementaria; en consecuencia, de conformidad con el art. 376º.1 de dicho Código, la impugnación debe producirse dentro del término de tres días [108]. En el caso del Código de 1991 el plazo es de tres días (art. 344º).

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

[108] Ejecutoria suprema de 5 de diciembre de 1997, Exp. Nº 3206-96, Lambayeque.

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

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

La apelación de los autos dictados en la etapa de instrucción es, en esencia, un medio de gravamen. El Código de 1940 ni siquiera condiciona su procedencia a la expresión de los motivos de impugnación o agravio. El Código de 1991, aun cuando exige la motivación del recurso (art. 334º, segundo párrafo), no condiciona su procedencia a especiales motivos taxativamente estipulados en la ley. En consecuencia, en ambos Códigos, sólo basta que la resolución recurrida haya producido un agravio o perjuicio a la situación procesal de las partes. En tanto se cumplen los requisitos formales para su interposición, el juez *a quo* está obligado a concederlo, lo cual obedece al hecho de que "...con el recurso se denuncia la infracción de algún precepto observable, y a que, además, el recurso es cauce a través del cual fluye una concreta actividad depuradora, que pretende el triunfo del principio de legalidad y el respeto al derecho fundamental de tutela judicial efectiva [109].

---

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

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

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

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

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

ba documental (modelo español, art. 231º Ley de Enjuiciamiento Criminal) porque normalmente es la que posibilita una valoración más unitaria de la cuestión sometida a litigio, en modo tal que se piensa que la valoración que hace o que pueda hacer el Tribunal de esos documentos no será distinta a la que podía hacer el juez *a quo* [110].

La resolución del recurso se adopta en forma de auto y, como apunta ORTELLS RAMOS, su sentido puede ser estimatorio o desestimatorio, aunque también influye en sus efectos que la instrucción siga abierta o esté ya concluida. Si la instrucción está abierta se devuelven los autos al Juez *a quo* (si el efecto del recurso es suspensivo, la estimación del recurso originará el levantamiento de la suspensión de la ejecución); en cambio, si la instrucción ya culminó y la apelación es estimada, además de la revocación del auto apelado, se revoca igualmente la resolución que da por concluida la instrucción y se devuelve éste para el cumplimiento de la resolución del recurso [111].

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

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

---

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

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

quier momento) o completar la resolución respecto de puntos controvertidos pero no resueltos (arts. 406º y 407º CPC).

III. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

El recurso de apelación se encuentra específicamente previsto para las sentencias dictadas por los jueces Penales en los procedimientos sumarios o abreviados (arts. 7º del D. Leg. Nº 124, y 305º del Código de 1991) y por los jueces de Paz Letrados en los procedimientos por faltas (art. 6º de la Ley Nº 27939 de 12 de febrero de 2003).

En cuanto a la naturaleza del recurso de apelación nacional contra las sentencias, es de puntualizar que en los dos Códigos tiene la calidad de medio de gravamen y, por ende, buscan un nuevo conocimiento de la causa. En cambio, el modelo de apelación impuesto en el Proyecto de 1995, siguiendo la fuente española, tiene una naturaleza híbrida aunque más alineado a la naturaleza de medio de impugnación. En efecto, explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, se exige formalizar el recurso y se condiciona la impugnación a la precisión de causales o motivos específicos de procedencia, lo que es propio de todo medio de impugnación; pero, por otra parte se permite la solicitud de recibimiento de la apelación a prueba, concebida en términos amplísimos, con lo que se busca un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando no sólo el material fáctico obtenido en primera instancia, sino también el que se haya podido obtener posteriormente en la apelación, lo que afilia el recurso a su consideración de medio de gravamen [112].

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

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

de privación de libertad resultan inaplicables con la entrada en vigor del nuevo Código Penal).

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

Elevado el proceso principal al Juez *ad quem*, el procedimiento recursal en el caso del procedimiento sumario o abreviado importa la vista fiscal. Emitida ésta, que debe realizarse en el término de ocho días si hay reo en cárcel y de veinte días si no lo hay, el órgano judicial debe poner en conocimiento de las partes el dictamen y, vencido este trámite, debe señalar día y hora para la vista de la causa, en la cual es posible el informe oral de éstas [113]. Producida la vista, con o sin informe oral, el Tribunal debe emitir sentencia dentro de los quince días siguientes (art. 8º, D. Leg. Nº 124).

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

La actuación de pruebas no está expresamente permitida, salvo el caso de la prueba documental, según ya se ha expresado. Por ello, llama la atención que el Supremo Tribunal, dando un alcance inusitado al recurso de apelación penal –obviamente restrictivo de nuestro modelo de enjuiciamiento– haya anulado un fallo de segunda instancia cuando no se tuvo a la vista las pruebas ofrecidas oportunamente [*sic*] por la parte civil [114]. El originario procedimiento sumario o abreviado del

---

[113] Ejecutoria suprema de 18 de mayo de 1994, Exp. Nº 1273-93-B, Puno (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 377-378).

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

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

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

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

IV. ALGUNOS PRINCIPIOS DE LA APELACIÓN PENAL

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

1. LIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DEL JUEZ *AD QUEM*

El principio del debido proceso exige que el Superior sólo conozca de los aspectos impugnados de la resolución del Juez *a quo*. La compe-

tencia recursal está delimitada a los temas objeto de la impugnación. Así lo consagra el art. 332º del Código de 1991. Es, como acota LEONE [115], el principio del llamado efecto parcialmente devolutivo –*"tantum devolutiom quantum apellatum"*– en cuya virtud el juez *ad quem* debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso. La apelación moderna, como anota CALAMANDREI, está encaminada más que a un nuevo estudio por parte del juez de mérito, a un nuevo examen de la decisión de primera instancia, a fin de ver si ella, en relación con el material recogido por el primer juez, fue justa y correcta.

2. PROHIBICIÓN DE PRONUNCIARSE SOBRE LOS NO APELANTES

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

Sin embargo, como explica María Pía CALDERÓN CUADRADO, la limitación de las facultades del Juez *ad quem* derivada de la pretensión impugnatoria no puede llegar a sus últimas consecuencias en atención a los intereses en juego en el proceso penal, por lo que será posible, al margen del viejo axioma "*tantum devolutum quantum apellatum*" y de la interdicción de la "*reformatio in peius*", que el condenado obtenga en apelación una sentencia favorable aun no siendo él el recurrente [116].

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

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

---

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

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

en que, dada la naturaleza del asunto, las decisiones adoptadas deben aplicarse a todas las materias o a los no recurrentes, por tratarse de fenómenos objetivos con efectos generales; o cuando la decisión de segunda instancia resulta más favorable para los no impugnantes" [117].

Es de tener presente, siguiendo a LEONE [118], que (a) si los puntos de la decisión impugnada resultan, además, estrictamente dependientes; (b) si los motivos de la apelación reflejan la decisión entera y afectan al fundamento mismo de la declaración de responsabilidad; (c) si la indagación que debe realizar el juez *ad quem* constituya el presupuesto de la cuestión deducida en los motivos, o bien esté con ella en relación de inseparabilidad, conexión o interdependencia, o de derivación –lo que no debe confundirse con posición subordinada–, es de admitirse la posibilidad de examen de cuestiones particulares no deducidas específicamente.

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

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

4. COMPETENCIA PARA ESTUDIAR LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL PROCESO

Las normas que regulan las causales de nulidad insubsanables, como ya quedó explicado, son de carácter imperativo y, por tanto, exigen que

---

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

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

el juzgador anule actuaciones que adolezcan de tales vicios, tal como lo establece el art. 176º *in fine* del Código Procesal Civil. No es posible, por consiguiente, que se obligue al juez a absolver el grado sobre la base de actos procesales que puedan hacer ineficaz la actuación cumplida. El art. 382º del CPC expresamente prescribe que "*El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada*". Por consiguiente, como apunta Ernst BELING, el recurrente no puede impedir el examen de la admisibilidad de la persecución, que debe realizarse de oficio [119].

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

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

La *reformatio in peius* no sólo limita el poder punitivo del Estado, garantiza la efectividad del derecho fundamental de defensa y favorece al condenado con la revisión de la sentencia dentro del único marco de las pretensiones solicitadas, además avala y garantiza la operatividad del sistema acusatorio [120]. Este principio tiene su último aval no tanto en los principios acusatorio, contradictorio e interdicción de la indefensión, sino esencialmente en el hecho de que sólo la parte es quien, con la interposición de su recurso, hace realidad la segunda instancia o doble posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, por tanto es ella quien delimita el ámbito de conocimiento del tribunal *ad quem* respecto al objeto procesal de la instancia [121].

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

---

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

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

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

su criterio) antes de correr el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio, lo que no es racional según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina [122].

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

La doctrina y jurisprudencia colombiana considera que no hay agravación cuando el Juez *ad quem* se limita a realizar un ajuste de la graduación punitiva a la normatividad aplicable, a fin de respetar el principio de legalidad de la pena (v. gr.: respeto a los límites mínimos previstos en la ley penal para los delitos, imposición de las penas accesorias o a las demás penas conjuntas previstas en un tipo penal o de aquella pena prevista para el delito de que se trate, pronunciamiento sobre el pago de la reparación civil). "El principio de la no *reformatio in peius* no faculta al juez para desatender normas de imperioso cumplimiento, porque siempre debe actuar con sujeción a la ley, tal como lo ordena la Constitución nacional" [123]. Desde esta perspectiva, la Corte Suprema de nuestro país ha establecido que el recurso –en este caso el de nulidad– otorga la facultad de subsanar o integrar una resolución que ha omitido imponer las penas accesorias de inhabilitación e interdicción a los sentenciados [124].

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

---

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

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

[124] Exp. Nº 2004-83, Ica.

reducir la pena a los límites que el primer juez había violado (pena por debajo del mínimo legal): el error del primer juez no puede ser corregido sin la impugnación del Ministerio Público. No puede, en general, modificar en daño del imputado la pena que en la parte dispositiva haya sido infligida por el primer juez; en consecuencia, en caso de errónea omisión de una pena, que es el caso de las penas conjuntas, no puede sanear el error, agregando la pena no infligida, ni aun siquiera con el pretexto de la eventual reducción de la pena infligida en primera instancia [125].

Por otro lado, acota Ernst BELING, como por este principio el objeto procesal está finiquitado desde todos los puntos de vista del *peius*, con efecto de cosa juzgada (con los efectos formales de cosa juzgada para el proceso pendiente, y con efectos materiales, si se trata de nuevos procesos), la resolución impugnada no pierde toda su importancia, aunque la anule el tribunal superior. La resolución a pesar de la anulación se conserva en el curso ulterior del proceso, en cuanto que el imputado no debe ser tratado peor que en su fallo. Todas las nuevas resoluciones deben dictarse dentro del marco fijado por la primitiva [126].

6. POSIBILIDAD DE APRECIAR NUEVA PRUEBA

La regla general, enseñan BERNAL y MONTEALEGRE, es que el Juez *ad quem* toma su decisión con vista en la prueba aportada ante el *a quo*, en atención a que la segunda instancia es control y no creación. Empero, como el proceso penal busca la verdad real y no la formal, es posible aportar pruebas en segunda instancia que no fueron valoradas por el Juez *a quo* [127]. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse. Las hipótesis serían las siguientes:

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

---

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

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

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

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

C. El cambio, si no existe nueva oportunidad para que la parte contraria conozca y pueda controvertir la prueba, que es el caso de la apelación de sentencia o de auto de sobreseimiento, debe decretarse la nulidad del proceso a fin de que se reabra el término probatorio, lo que se producirá cuando la prueba es de tal magnitud que pueda modificar sustancialmente la situación jurídica apreciada en la decisión de primera instancia [128].

La Corte Suprema exige, en todo caso, que el Tribunal de Apelación valore al absolver el grado el mérito de la prueba instrumental presentada durante el procedimiento recursal, sancionando con la nulidad del fallo la omisión de tal valoración [129].

7. EL JUEZ *AD QUEM* PUEDE CONDENAR AL ABSUELTO

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

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

---

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

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

Ley Nº 27454, de 5 de mayo de 2001). Esta prescripción ha sido incorporada por la jurisprudencia al recurso de apelación en el procedimiento sumario o abreviado [130]. Un caso singular es aquel en que el Supremo Tribunal homologó una sentencia con reserva de fallo condenatorio con una sentencia absolutoria y, por tanto, consideró infringido el art. 301º CPP al revocar un Tribunal Superior la referida medida impuesta por un juzgado penal y fijar en su reemplazo una condena de ejecución suspendida [131]. Llama la atención tan singular criterio, pues se desconoce que la reserva del fallo presupone una conclusión de responsabilidad penal; consecuentemente, es posible que un Tribunal de alzada, sobre la base de un recurso acusatorio, pueda reformar esa alternativa por una condena condicional. Es absurdo que la Corte Suprema invoque la vulneración de la instancia plural, toda vez que precisamente el recurso de apelación, que abrió la competencia del Tribunal *ad quem*, le concedió competencia para revisar el fallo de primera instancia.

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales, se justifica la absolución del injustamente condenado en razones de estricta justicia, pero la condena del injustamente absuelto no se permite porque "La condenación sólo es posible alrededor y el influjo del acusado, mediante la defensa y disponiendo de los demás elementos constructivos de lo que se carece en la vista de la causa por la Corte Suprema" [132]. Aparentemente, la razón de tal concepción es asumir como elemento fundamental del recurso el *principio de inmediación*, que tal como apunta Arsenio ORÉ GUARDIA, requiere asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso y que, consecuentemente, su sentencia se base en un conocimiento pleno de la causa y se fundamente en el resultado probatorio que se ha logrado bajo su directa intervención [133].

---

[130] Así lo ha establecido el Tercer Considerando del Acuerdo Plenario Nº 8/97, de 16 de diciembre de 1997 (*Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 104-106).

[131] Ejecutoria suprema de 1º de agosto de 2000, Exp. Nº 5075-99, Lambayeque (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 5, Trujillo, 2001, pp. 205-207).

[132] GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 612.

[133] ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 409.

Está claro que la Constitución consagra el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, lo que exige un recurso de apelación, que es el ordinario por antonomasia, que permita conocer integralmente del juicio histórico y del juicio jurídico; por tanto, la proscripción de la instancia única, incorporada en el art. 1º del Código de 1940 no calza con el ordenamiento constitucional vigente. Igualmente, bajo el imperio del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del debido proceso (arts. 2º.24.'e' y 139º.3 del código político) el juez debe fundar su convicción, esencialmente, en los actos de prueba actuados en el juicio oral bajo su control e inmediación. Ahora bien, la característica de la apelación es que el Juez *a quem* debe formar su propio convencimiento sobre los hechos y, sobre la base de tal convencimiento, dictar una nueva sentencia, absolutoria o condenatoria según el caso.

Un sector de la doctrina ha destacado que una apelación que se sustenta, en lo esencial, en las actas del juicio oral realizado en primera instancia y, además, en las actas del sumario ante las deficiencias de las primeras, es propia de un procedimiento escrito y del sistema de la prueba legal y no necesariamente otorga mayores garantías de acierto para el justiciable, al faltar el contacto directo e inmediato con la prueba [134]. Otro sector, sin embargo, considera que la diferente apreciación de los elementos probatorios y la posibilidad de que arribe a un resultado contrario al realizado por el Juez *a quo* no constituye una vulneración a la presunción de inocencia, en la medida en que las pruebas practicadas en el juicio sean las que proporcionen el fundamento para la convicción del Juez *ad quem*; por consiguiente, lo que hay es una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, pero no una vulneración de la presunción de inocencia [135].

Es cierto, sin embargo, que de hecho, reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación, y que

---

[134] VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 192 y 194.

[135] Sentencia del Tribunal Constitucional español 124/83, de 21 de diciembre de 1983.

un reexamen de este tipo contradice el principio acusatorio de la inmediación. No obstante ello, como afirma Luigi FERRAJOLI, éste es precisamente el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista que tiene, esto es, garantía de legalidad y garantía contra la arbitrariedad, el abuso o error judicial [136].

En todo caso, como apunta GIMENO SENDRA teniendo en cuenta la evolución del sistema jurídico que dio lugar a la instancia única, lo esencial es dotar de mayores garantías a las partes, determinar el ámbito del procedimiento recursal de modo que puedan aducirse la totalidad de los errores judiciales y vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia de primera instancia y la necesidad de una vista de la causa amplia que permita reproducir, en lo posible, las pruebas actuadas en primera instancia, como es el caso italiano, así como de contar con los recursos técnicos imprescindibles (videos) que permitan la protocolización exhaustiva del juicio oral y su reproducción ante el Juez *ad quem* superarían las objeciones desde el ángulo de la inmediación [137].

Giovanni LEONE [138], siguiendo a RICCI, expone dos argumentos esenciales en pro de la apelación: **1.** La garantía del doble grado está en volver nuevamente sobre el estudio ya realizado, en juzgar de nuevo las primeras impresiones, en confrontar los resultados del uno y del otro examen, y ver cuáles se aproximan mayormente a la verdad. **2.** Como toda resolución debe ser motivada, la parte no favorecida puede extraer de ella los criterios que han guiado al juez *a quo* en el examen, y captar, por tanto, el lado débil de su causa, reforzándolo con nuevas deducciones en el segundo examen.

Por consiguiente, en tanto se afirma la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el

---

[136] FERRAJOLI: "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia", cit., p. 448.

[137] GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., pp. 152 y 155.

[138] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 132-133.

Juez *a quo*. Cuando en el Código de 1940 se invoca la inmediación como obstáculo para la condena en vía recursal, olvida que expresamente se concede al revisor poderes para aumentar o disminuir la pena y que precisamente la inmediación es el principio más limitado que registra dicho Código, tal como se explicó al abordar el régimen de la prueba.

8. NECESIDAD DE NUEVA AUDIENCIA

Como hemos precisado, en nuestro ordenamiento procesal vigente no se requiere una nueva vista en audiencia de las causas en vía de recurso de apelación. Tal configuración del recurso de apelación, sin embargo, no es compatible con las exigencias del debido proceso. Es muy importante al respecto hacer mención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pues ha definido un ámbito específico al citado recurso.

En efecto, dicho Tribunal ha establecido, en *primer lugar*, que en la apelación el Tribunal está investido de plenitud de jurisdicción y, moduladamente, se extienden al procedimiento de apelación las garantías del procedimiento de primera instancia, "...en tanto que el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6º [del juicio justo y equitativo] no termina con el fallo de primera instancia; según la jurisprudencia del Tribunal europeo, el Estado que organiza tribunales de apelación o de casación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del citado precepto..." (STEDH, Asunto "Ekbatani vs. Suecia", de 26 de mayo de 1998, párr. 24); en *segundo lugar*, que por lo general el procedimiento recursal en apelación requiere de la celebración de una vista pública –entendida como audiencia de pruebas–, aunque la falta de ella –siempre que se hubiere celebrado en primera instancia– puede justificarse según el objeto del recurso de apelación en concreto y siempre que se refieran a cuestiones de derecho (STEDH, Asunto "Ekbatani", de 26 de enero de 1998, párr. 31), no constituyendo siquiera excepción a la necesidad de audiencia o de debates públicos la ausencia de hechos nuevos alegados en segunda instancia (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de julio de 2000); en *tercer lugar*, que siempre que el Tribunal de apelación ha de estudiar en su conjunto la culpabi-

lidad o inocencia del acusado, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (STEDH, Asunto "Helmers", de 29 de octubre de 1991, párrs. 36, 37, 39; STEDH, Asunto "Jan-Åke Andersson", de 29 de octubre de 1991, párr. 28; STEDH, Asunto "Fejde", de 29 de octubre de 1991, párr. 32); en *cuarto lugar*, que la circunstancia que en la apelación no se hubiere alegado, hechos nuevos, no justifica excepcionar la necesidad de debates públicos (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de junio de 2000, párrs. 94-96); en *quinto lugar*, que si el fallo de primera instancia es absolutorio y el de segunda instancia es condenatorio, no puede decidir sin antes apreciar los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido el delito (STEDH, Asunto "Contantinescu vs. Rumanía", de 27 de junio de 2000, párrs. 54, 55, 58 y 59).

Sobre esa base, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España tiene declarado que si la única prueba con que enervar la presunción de inocencia es una prueba personal –no sólo la declaración del imputado– (declaración del imputado, de la víctima, testificales, exámenes periciales), su no actuación en segunda instancia a los efectos de su valoración, por exigirlo los principios de inmediación y contradicción, imposibilita su apreciación de modo diverso a lo establecido en primera instancia. Son muy significativas al respecto la Sentencia Nº 167/2002, de 18 de septiembre y, últimamente, la Sentencia Nº 68/2002, de 9 de abril [139].

Es evidente, por cierto, que todo depende del modo cómo se organice la segunda instancia. Si el legislador considera oportuno instaurar una apelación que permita la revisión total de la causa, la audiencia pública vendrá exigida sólo cuando se refiera al juicio sobre los hechos y a la culpabilidad o inocencia. Empero, como aclara DE LA OLIVA SANTOS, es posible matizar esta doctrina en los casos en que las

[139] *Vid. La Ley. Actualidad Penal*, Nº 26, semana de 23 al 29 de junio, Madrid, 2003, Jurisprudencia [http://www.laley.net/ractual/r26p_j2003_364.htm].

partes no discrepen sobre los hechos o en aquellos otros en que ya obren en autos los materiales con los que se ha de dictar sentencia, sin que presenten relevancia las alegaciones de las partes, de testigos o peritos o cualquier otra diligencia que, por su naturaleza, hubiera de practicarse en vista pública [140].

[140] De la Oliva Santos, Andrés: "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en: *Tribunales de Justicia*, Nº 10, octubre, Madrid, 1997, p. 981. Este autor asume una concepción restringida de los motivos de la apelación, pues la circunscribe a revisar el juicio jurídico y las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran cometido durante el procedimiento y en la propia sentencia, así como las violaciones a la presunción de inocencia en caso de ausencia absoluta de prueba o de ausencia de prueba de contenido incriminatorio (*loc. cit.*, p. 980). Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (*La segunda instancia en el proceso penal*, cit., p. 88), por el contrario, es partidaria de una apelación amplia, que cuando se trata de conocer acerca de los hechos y del juicio de culpabilidad, debe configurarse una audiencia pública, en la que el material probatorio que sirva de base para la sentencia de segunda instancia se desarrolle oralmente en presencia del Tribunal de Apelación.

CAPÍTULO XXXII
EL RECURSO DE CASACIÓN

SUMARIO: I. Límites constitucionales. II. Características generales. III. Resoluciones recurribles. IV. Motivos de casación: 1. Aspectos generales. 2. Motivos por quebrantamiento de forma. 3. Motivos por infracción de ley. V. Procedimiento recursal: 1. Interposición del recurso. 2. Tramitación del recurso. 3. Sentencia casatoria.

I. LÍMITES CONSTITUCIONALES

El art. 141º de la Constitución atribuye a la Corte Suprema, con exclusividad, el conocimiento del recurso de casación. La competencia del Supremo Tribunal, sin embargo, está delimitada por dos motivos: *negativo*, el primero, y *positivo*, el segundo. En efecto, si la acción se inicia en una Corte Superior o ante la Corte Suprema (jurisdicción originaria) no es posible que el órgano jurisdiccional supremo falle en casación: debe fallar en última instancia, es decir, en vía de recurso de apelación u otro similar, de contenido instancial u ordinario. Por otro lado, por disposición expresa, la Corte Suprema conoce en casación de las sentencias del Fuero Militar que impongan la pena de muerte (en concordancia con los arts. 141º y 173º de la ley fundamental).

Es de precisar, en cuanto al primer extremo competencial asignado al Supremo Tribunal, que no será posible el conocimiento en casación de la Sala Penal Suprema si la acción penal se promueve en la Corte Superior o en la propia Corte Suprema, es decir, cuando el control de la investigación o la investigación misma corresponde a un Vocal integrante de la Corte Superior o a uno integrante de la Corte Suprema. Esta prescripción normativa tiene sentido y coherencia interna en la medida

en que se afirme, como lo hemos hecho, que el art. 139º.6 de la Constitución, al consagrar la pluralidad de la instancia, exige, como mínimo, el recurso de apelación contra toda sentencia o auto definitivo de primer grado, de suerte que al Supremo Tribunal, por vía ordinaria o común, sólo puede acceder al conocimiento de las causas penales cuando se recurra sentencias y autos de vista o de segundo grado de carácter definitivo. En tanto no sea posible que el cumplimiento del doble grado de jurisdicción se cumpla en la Corte Superior, tanto porque la acción penal se inicia allí cuanto porque se plantea directamente ante la propia Corte Suprema, ésta debe asumir ese papel constitucional de cumplimiento de una garantía procesal propia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Para entender cabalmente la indicada prescripción constitucional, es del caso distinguir, como ya se hiciera capítulos atrás, entre introducción de la acción penal y deducción de la pretensión penal. Con GIMENO SENDRA es de reafirmar que la acción penal nace de la sospecha de la comisión de un hecho punible y da lugar, previa denuncia, a la incoación del auto de apertura de investigación o de aprobación de la promoción de la acción penal, mientras que con la acusación se deduce la pretensión penal y da lugar al auto de enjuiciamiento o de apertura de juicio oral [141]. En este orden de ideas, es de precisar, en primer lugar, que la Constitución menciona, sin duda alguna, el momento de la promoción de la acción penal y la consiguiente intervención judicial que permitirá la emisión de diversas resoluciones instructoras; y, en segundo lugar, que, además, tiene en cuenta la decisión final dictada en vía de instancia, que es precisamente aquella que va a permitir cumplir el doble grado de jurisdicción y determinar la competencia del Tribunal Supremo.

Son casos típicos de procesos en los que no podrá haber recurso de casación los denominados "*procedimientos especiales por razón de la función*", en especial los seguidos contra los altos dignatarios que tienen la prerrogativa del antejuicio (art. 99º Const.), en los que imperativamente el proceso penal se inicia y culmina en la Corte Suprema (art. 100º Const.), así como contra Vocales y Fiscales Superiores, y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar por la comisión de delitos de función (art. 34º del TUO de la LOPJ), en los que también la Corte Suprema tiene

[141] GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., pp. 79 y 82.

competencia originaria. De igual manera, en los procesos penales seguidos contra magistrados de primera instancia por delitos funcionales (arts. 375º del Código de 1991 y 41º.4 del TUO de la LOPJ).

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El recurso de casación penal, como recuerda ALMAGRO NOSETE, es una especie del instituto de la casación nacido en el conjunto de los remedios democráticos, que idearon los revolucionarios franceses, para conseguir la mejor sujeción de los jueces al cumplimiento y observancia de las leyes en su aplicación, mediante el establecimiento de un único órgano, que devino jurisdiccional, de máximo rango y jerarquía, encargado de realizar la referida función, asegurando la uniformidad de la interpretación judicial, con la anulación, en su caso, de las sentencias recurridas. Tiene como fin la revisión de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia [142].

En tal virtud, es posible definir el *recurso de casación* como el medio de impugnación, de competencia del Supremo tribunal, en virtud del cual, según enseña GÓMEZ ORBANEJA, se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por error de derecho sustantivo o procesal. La casación se limita, *partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia*, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido a él [143].

Siguiendo a MORENO CATENA [144], el recurso de casación se caracteriza por tres notas esenciales: **1.** Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 34º.2 del TUO de la LOPJ). **2.** Es un recurso extraordinario [145], desde que no cabe

---

[142] ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1994, p. 579.

[143] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 302.

[144] En: CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*: *Derecho procesal civil*, cit., p. 365.

[145] Jaime GUASP enfatiza tal característica señalando que es el recurso extraordinario por antonomasia (*Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, T. II, p. 803).

sino contra determinadas resoluciones (autos y sentencias de vista en los procesos ordinarios, art. 345º del Código de 1991) y por motivos estrictamente tasados (arts. 437º y 348º del Código de 1991), regido además por un comprensible rigor formal. **3.** No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre la pretensión de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y, de otro lado, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal, tal como está estipulado en el art. 394º del Código Procesal Civil. El recurso de casación, enseña ORTELLS RAMOS, presupone la prohibición de alterar, en cualquier forma, la base fáctica de la que parte la sentencia recurrida [146].

La casación tiene una finalidad eminentemente defensora del *ius constitutionis*, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: **a)** la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y, **b)** la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En puridad, sin embargo, como enfatiza Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, la casación contemporáneamente se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad, tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal [147]. Los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica se concretan a través de la finalidad de la casación, de garantizar la unidad de la aplicación de la ley y hacer justicia en el caso concreto, instituyéndose de este modo en un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad.

La función de fijar y unificar la jurisprudencia sólo es cumplida, explica ORTELLS RAMOS, en el sentido de que tiende a asegurar la decisión igual de los casos iguales, pero no en el sentido –presente en la casación civil, art. 386º, incs. 1 y 2– de establecer una doctrina en cierto modo vinculante para los tribunales de instancia. No existe, en efecto, casación por infracción de la doctrina jurisprudencial o en interés de la

---

[146] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 444.

[147] MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal*, Comares, Granada, 1996, p. 20.

ley. Es de recordar, por lo demás, que si bien el Supremo Tribunal está autorizado a publicar las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento por el resto de órganos judiciales, empero el art. 22º del TUO de la LOPJ permite a los jueces que por excepción se aparten de dicha doctrina, aunque "...están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan", lo que significa que existe cierto margen de flexibilidad respecto a la obligatoriedad de las denominadas sentencias de efectos generales.

El recurso de casación no constituye una nueva instancia, pues el conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema aparece delimitada por unos concretos motivos, y si bien se concentra en vigilar la obra del juez asegurando el respeto a la Ley y manteniendo la unidad de la jurisprudencia, también vela por el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable en su más amplio contenido (art. 139º.3 Const.), al asegurarle la posibilidad de someter el fallo de instancia a un Tribunal Superior [148].

El recurso de casación penal nacional es un recurso *devolutivo* y, a diferencia del ordenamiento procesal civil, *no suspensivo*. En efecto, ese recurso es de conocimiento de un órgano superior al que dictó la sentencia o auto de vista, señaladamente la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 353º del Código de 1991). En cuanto al efecto suspensivo, el art. 336º del Código de 1991 prescribe que la resolución impugnada, salvo disposición contraria de la ley, se ejecuta provisionalmente. En la Sección dedicada al recurso de casación, el Código de 1991 no prevé ningún supuesto excepcional que imponga un determinado efecto suspensivo al recurso; en consecuencia, la regla es que el recurso de casación no es suspensivo.

Están legitimados para recurrir en casación las partes en tanto la decisión de segunda instancia les cause perjuicio. Son ellas las que tienen interés directo en anular una resolución judicial, sea porque dicha decisión vulnera su posición jurídica en el proceso o, en el caso del Ministerio Público, porque lesiona el ordenamiento jurídico, al punto de estar facultado a recurrir incluso en favor del imputado (art. 328º del Código de 1991). Se entiende, por imperio del art. 86º del Código de

[148] LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 16.

1991, que el actor civil sólo tiene legitimación para recurrir de la reparación civil, mas no de la pretensión penal. Igualmente, es de entender, como recuerda HINOJOSA SEGOVIA, que el acusado absuelto no puede recurrir en casación, salvo que el tribunal de instancia se haya limitado a apreciar la prescripción del delito descartando la absolución basada en que no se desvirtuó la presunción de inocencia [149].

La casación, como se advierte de lo expuesto, es un recurso y no una facultad genérica o un principio que la Constitución entrega al Supremo Tribunal para conocer de procedimientos al margen del sistema de recursos. La competencia funcional tiene su origen en la ley y el control de las decisiones de instancia sólo es posible en la medida que la ley habilite expresamente un recurso. La invocación a la Constitución (arts. 241º de la Constitución de 1979 y 141º de la Constitución de 1993) es inadecuada para crear recursos o causales de procedencia inexistentes en el ordenamiento jurídico, de ahí que resulta censurable que el Supremo Tribunal asuma competencia recursal en los casos no previstos en el Código de Procedimientos Penales [150], bajo el genérico argumento que lo hace al amparo de la facultad de casación de que está investido. Es de destacar, por lo demás, que la propia Corte Suprema ha establecido que resulta improcedente el recurso de casación precisamente porque no existe o no se encuentra vigente la ley de desarrollo correspondiente [151].

III. RESOLUCIONES RECURRIBLES

De modo general, el art. 345º del Código de 1991 prescribe que el recurso de casación procede contra las sentencias y autos expedidos por las Salas Penales Superiores en los procesos de trámite ordinario. Se trata de resoluciones expedidas en segunda instancia, pues tiene que haberse agotado el recurso de apelación superior.

---

[149] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 570.

[150] Véanse: Ejecutorias supremas de 24 de mayo de 1988, Exp. Nº 106-88, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 260-261); de 5 de agosto de 1976, Exp. Nº 722-76, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 472-473); de 10 de abril de 1991, Exp. Nº 634-90 (*Normas Legales*, T. 209, octubre, Trujillo, 1993, pp. J11-J12).

[151] Ejecutoria suprema de 8 de agosto de 1988, Exp. Nº 289-87, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 273).

Específicamente, sea que el recurso de casación sea de forma o de fondo, señala el art. 350º del Código de 1991, se lo admitirá contra dos modalidades de resoluciones. En *primer lugar*, contra los autos emitidos por las Salas Penales Superiores que importen sobreseimiento definitivo (léase auto de sobreseimiento propiamente dicho, arts. 253º y 254º *in fine;* auto que declare fundada las excepciones, art. 8º; auto que declara el corte del procedimiento por minoridad penal, art. 70º; auto que declara exento de responsabilidad al inimputable, art. 71º). En *segundo lugar*, contra las sentencias de las Salas Penales Superiores que sean confirmatorias o revocatorias (no las anulatorias) de las sentencias expedidas por el Juez Penal, siempre que el delito más grave, a que se refiere la acusación escrita del Fiscal Provincial, tenga señalado en la ley una pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Como quiera que con el fallo de segundo grado se agotó el doble grado de jurisdicción, el acceso al recurso de casación se niega en los procesos por delitos menos graves, cuya base es la pena conminada en el tipo penal.

Es de tener presente que contra los autos de sobreseimiento dictados, en primera instancia, por las Salas Penales Superiores procede recurso de apelación suprema (art. 258º), así como contra determinados autos emitidos en los procesos especiales por razón del delito o de la pena (art. 12º *in fine* y 341º, inc. 2) y, en general, contra las sentencias en los procesos especiales antes mencionados (art. 341º, inc. 1).

IV. MOTIVOS DE CASACIÓN

1. Aspectos generales

Como quiera que la casación, anota Hinojosa Segovia, es un recurso extraordinario, no es suficiente que el recurrente haya sufrido un gravamen o perjuicio en la resolución recurrida, sino que es necesario que su impugnación esté fundamentada en alguna de las causales o motivos tasados dispuestos por la Ley [152]. Dos son las clases o modalidades de recurso de casación que permite la ley. Se trata del recurso de casación formal, o por quebrantamiento de forma, y del recurso de casación de fondo, o por infracción de la ley material. Por el primero

[152] En: De la Oliva Santos *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 571.

se denuncian los vicios *in procedendo*, en cambio por el segundo se denuncian los vicios *in indicando* (153).

Al respecto, Miguel FENECH apunta que la casación por *quebrantamiento de forma* sirve para impugnar las resoluciones viciadas por carencia de alguno de los presupuestos de la formación procesal de aquéllas; se trata de una infracción a la ley procesal, aunque referida tan sólo a los vicios establecidos de manera taxativa en la ley. Por otro lado, la casación por *infracción de ley* sirve para impugnar resoluciones que presentan vicios por carencia de los presupuestos de su calidad, producidos bien por *error in iure*, bien por *error in facto*, al no aplicar correctamente la ley material (154).

El art. 346º del Código de 1991, siguiendo lo que el derecho comparado prescribe para el mencionado recurso, señala que el recurso de casación de forma versa sobre violaciones de trámites esenciales del procedimiento, mientras que el recurso de casación de fondo se circunscribe a las infracciones de la ley que influyeron decisiva ente en la parte resolutiva de la resolución recurrida.

2. MOTIVOS POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

El art. 347º del Código de 1991 señala taxativamente los supuestos casatorios de quebrantamiento de forma. Suponen la infracción de la norma procesal, desde dos perspectivas: **1.** Durante la tramitación del procedimiento. **2.** Al momento de dictar la resolución (auto o sentencia). Estos motivos son las circunstancias que han de concurrir en un proceso como totalidad o en la sentencia definitiva dictada en el mismo, que determinan taxativamente la admisión y en definitiva la eficacia del recurso de casación por quebrantamiento de forma (155).

Es de tener presente, como criterio rector en materia de quebrantamiento de forma, que salvo que se trate de un vicio procesal insubsanable, y en tanto no se altere el debido proceso, el principio del juez natural y el derecho a no ser sometido a un procedimiento distinto del previa-

(153) ALMAGRO NOSETE en: ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 586.

(154) FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, pp. 470, 485-486.

(155) FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, p. 486.

mente establecido, si una decisión de instancia no se cuestiona en la primera oportunidad que se tuviera que hacerlo, opera la convalidación tácita, de conformidad con lo dispuesto, supletoriamente, en el art. 172º del Código Procesal Civil, aplicable conforme a su Primera Disposición Complementaria y Final [156].

A. Vicios de procedimiento

Son dos: **a)** restricción irrazonable del derecho de defensa; y, **b)** incompetencia por razón de materia.

a) Debe entenderse por *restricción irrazonable del derecho de defensa*:

a.1. Todos aquellos vicios en que se infrinja el principio de contradicción, es decir, que se haya omitido citar para el juicio oral o en el curso de la instrucción a una parte admitida en el proceso. La finalidad de esta causal, señala MARTÍNEZ ARRIETA, es asegurar la correcta celebración del acto oral o del proceso en general con citación de todas las partes del enjuiciamiento, evitando la indefensión de aquella que habiendo adquirido la condición de parte no hubiere sido citada [157].

a.2. Violación del derecho a la prueba, que implica la indebida denegación de: un medio de prueba pertinente, de posible realización y propuesto en el tiempo y forma prescrito por la ley; de preguntas pertinentes y adecuadas a un testigo, perito o imputado; de preguntas que no son capciosas o sugestivas, siempre que en los dos últimos casos –como es obvio– sean especialmente determinantes para la justa resolución del proceso. Este supuesto, como destaca CORTÉS DOMÍNGUEZ, exige que la prueba –y, en su caso, la pregunta– propuesta y no practicada sea de carácter ineludible, insustituible, fundamental y de posible realización [158].

a.3. Cuando se lleva adelante un juicio contra un acusado, pese a la inconcurrencia de otros imputados o medios probatorios ofrecidos en modo y tiempo previsto por la ley, no obstante que resulta indispensable su concurrencia o su actuación en aras de garantizar el efectivo derecho de defensa del acusado presente. Este supuesto tiene como esen-

---

[156] Ejecutoria suprema de 8 de noviembre de 1996, Exp. Nº 5377-95, Arequipa (*Normas Legales*, T. 248, enero, Trujillo, 1997, p. A-37).

[157] MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 59.

[158] EN: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 677.

cia la existencia de causas fundadas que se opongan a juzgar a un imputado con independencia de otros [159] o a llevar a cabo el juicio sin la necesaria actuación de un medio de defensa ofrecido y aceptado, pero no actuado cuando correspondía.

b) Debe entenderse por *incompetencia por razón de materia,* cuando se da al hecho punible objeto del proceso penal o a un acto procesal concreto un trámite o procedimiento que no le corresponde o se encarga su tramitación y resolución a un órgano jurisdiccional distinto del previsto por la ley.

Los supuestos de la competencia material son los siguientes:

a.1. Cuando la ley asigna a una determinada infracción penal un preciso procedimiento penal (ordinario, a los delitos menos graves; especial por razón del delito, a los delitos más graves, y por faltas, para las faltas), que es el caso de la denominada *competencia objetiva.*

a.2. Cuando la ley asigna a determinadas personas, en relación a la función que desempeñan, un procedimiento especializado (caso de los altos dignatarios, de los magistrados, de los militares, por delitos funcionales), que es el caso de la denominada competencia *ratione personae.*

a.3. Cuando la ley asigna con toda precisión los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en cada etapa del procedimiento o en cada concreto acto procesal que se lleva a efecto (conocimiento del recurso de apelación, de las recusaciones, de las medidas cautelares y coercitivas en general, etc.), que es el caso de la competencia *funcional.*

B. Vicios por defectos de la sentencia

Son cuatro: **a)** incongruencia omisiva; **b)** falta de claridad de los hechos probados o en los datos jurídicos; **c)** contradicción de los supuestos fácticos; y, **d)** falta de correlación entre acusación y sentencia.

a) Debe entenderse por *incongruencia omisiva,* cuando la sentencia no resolvió todos los puntos esenciales que fueron objeto de la acusación, o que estaban contenidos en los alegatos del Abogado Defensor o en la auto-defensa del procesado. Mediante este motivo se denuncia la violación al principio de exhaustividad de los fallos, es decir, siguiendo a

[159] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal,* cit., p. 103.

DE LA OLIVA SANTOS [160], el principio en virtud del cual nada dotado de entidad acusadora o defensiva debe quedar sin respuesta y no, desde luego, que a todas las cuestiones suscitadas por las partes haya de responder el tribunal, con el mismo orden, en parecidos términos y con similar extensión de los de esas cuestiones. Ello importa asumir, en primer lugar, que la motivación está estrechamente ligada a la exhaustividad y, por tanto, que cada punto o cuestión planteada deba fundamentarse como corresponde; y, en segundo lugar, que la omisión de un pronunciamiento determinado, que, sin embargo, se encuentra formulado en un considerando anterior, obliga a considerar que la parte dispositiva de la sentencia está integrada con aquél.

La incongruencia omisiva, como advierte Giovanni LEONE, ocurre cuando falta del todo la exposición de los motivos sobre un punto de la decisión. Ello se presenta cuando, ya sea por la estructura de la imputación, ya por el modo como se ha planteado la indagación, surja un punto de indagación de particular consistencia, o uno o más puntos hayan venido a ser objeto de más cuidadosa y controvertida investigación, o por el contrario de pacífica admisión; y, no obstante ello, no ha merecido por el tribunal de instancia la concisa exposición de los motivos de hecho y de derecho que corresponda [161].

b) Debe entenderse por *falta de claridad de los hechos probados o de los datos jurídicos u omisión de ellos*, tres motivos diferentes: **1'.** Falta de claridad de los hechos. **2'.** Falta de claridad de los datos jurídicos. **3'.** Omisión de consignación de las normas penales aplicables al caso.

b.1. Falta de claridad de los hechos. Se produce cuando la relación de los hechos probados que se hace en la sentencia aparece confusa, dubitativa o imprecisa. En este caso el Juzgador ha empleado expresiones ininteligibles u oscuras, que hacen difícil la comprensión del relato, o incurrido en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos. Sin embargo, estas deficiencias, para constituir un motivo valedero de casación, explica LUZÓN CUESTA, deben estar en conexión con los condicionamientos determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados,

---

[160] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 507-508.

[161] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 193.

provocando una laguna o vacío en la descripción histórica de los mismos, que determina una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica, de forma que no puede orientar, dentro del silogismo en que la sentencia queda estructurada, el pronunciamiento condenatorio o absolutorio [162].

b.2. Falta de claridad de los datos jurídicos. Se presenta cuando en las consideraciones de la sentencia se consignan referencias jurídicas sobre la antijuricidad penal de los hechos, la imputación personal o la individualización de la pena o la reparación civil confusas, dubitativas o imprecisas. El tribunal ha empleado expresiones oscuras o de imposible comprensión, que imposibilitan comprender el juicio jurídico y deslindar con seguridad los exactos motivos que sustentaron un determinado sentido del fallo, en rigor, de su parte resolutiva.

b.3. Omisión de datos jurídicos. Se incurre en este defecto cuando el tribunal no se pronuncia sobre un extremo trascendente del juicio jurídico de la sentencia, necesario para enmarcar como corresponde un pasaje o extremo especialmente relevante del juicio fáctico. El carácter fragmentario del relato jurídico o la falta de datos o pormenores para justificar el juicio de subsunción o el de individualización de la pena, resultará determinante en la medida en que, por lo incompleta y mutilada de las consideraciones jurídicas incorporadas en la sentencia, origine efectiva oscuridad o práctica imposibilidad de comprender y sustentar las conclusiones jurídicas del fallo.

c) Debe entenderse por *contradicción de los supuestos fácticos*, cuando se emplea en la sentencia, en el extremo referido a los hechos probados, términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra porque resultan incompatibles al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Giovanni LEONE aclara que se da este vicio cuando dos o más partes de la motivación son incompatibles entre sí, o cuando la motivación es incompatible con la parte dispositiva [163]. Seis son los motivos, a juicio de MARTÍNEZ ARRIETA [164], para que la contradicción pueda ameritar que la Sala Penal Suprema ampare este motivo:

---

[162] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 105.

[163] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 194.

[164] MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 65.

1. Que sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; 2. Que sea insubsanable dentro del contexto del hecho probado; 3. Que sea interna del hecho probado, analizando directa e inmediatamente los términos en que aparece redactado el hecho probado; 4. Que sea completa, afectando la incompatibilidad a los hechos y a sus circunstancias; 5. Que sea causal al fallo, determinante de una incongruencia como consecuencia de la relación directa que ha de existir entre el hecho probado y el fallo de la sentencia; y, 6. Que se produzca respecto a algún apartado que sea relevante a la calificación jurídica.

d) Debe entenderse por *falta de correlación entre acusación y sentencia*, aquel vicio en cuya virtud no se cumple con el deber de adecuación, de correlación entre, por un lado, los actos fundamentales de petición y alegación de las partes (acusación y defensa), y, por otro, la sentencia. Este motivo de casación descansa en un incumplimiento del principio de correlación *por exceso*, al decidirse sobre lo que no es objeto de resolución. El juez no puede decidir más que sobre el objeto del proceso propuesto por el fiscal y respecto a la persona que ha sido acusada por éste [165].

3. Motivos por infracción de ley

El art. 348º del Código de 1991 reconoce cuatro motivos de casación de fondo. Dicho artículo no sólo incluye la infracción de la ley material, sino también el error en la apreciación de la prueba. Se trata de defectos censurables en casación, anota CORTÉS DOMÍNGUEZ, que se producen en el momento de la sentencia y que afectan al razonamiento jurídico y fáctico que debe hacer el órgano judicial; lo que permite, en consecuencia, es denunciar los posibles errores que se hayan cometido en esa actividad intelectiva del órgano judicial [166]. Tres de los motivos están vinculados al denominado *error iuris*: **a)** error en la tipicidad; **b)** error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal; y, **c)** error en la apreciación jurídica–sustantiva. El otro motivo es el denominado *error facti*, destinado a controlar la racionalidad del juicio histórico del juez y cuestionar la arbitrariedad de la valoración probatoria.

---

[165] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, pp. 394-396.

[166] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 672.

A. Error en la tipicidad

Nuestro Código Penal, siguiendo los modelos italiano y suizo, al decir de HURTADO POZO, adoptó una clasificación bipartita de las infracciones penales: delitos y faltas. Los libros Primero y Segundo del Código Penal tratan de los delitos y el libro Tercero de las faltas [167]. Si bien, destaca ZÜRCHER, no hay absolutamente diferencia esencial entre las faltas y los delitos, sino solamente cuantitativa, como quiera que hay una diferencia simplemente legal, el error en calificar un hecho como delictuoso cuando en realidad es una falta, sometida ésta a su propio catálogo punitivo en el Libro Tercero del Código Penal, constituye motivo suficiente para casar la sentencia de instancia. Es obvio que en este supuesto se está ante una inobservancia o errónea aplicación de la ley penal, pues se considera delito lo que en realidad es una falta.

B. Error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal

El Capítulo III del Título II "Del Hecho Punible" del Libro Primero del Código Penal trata sobre las "causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal". El art. 20º, norma central al respecto, reúne las causas que niegan: 1) la conducta o comportamiento humano (fuerza física irresistible); 2) la antijuricidad penal (causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad justificante, obediencia jerárquica, consentimiento y obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo); 3) la imputabilidad (causas de exclusión de la culpabilidad: minoridad y anomalía psíquica grave, grave alteración de la conciencia o grave alteración en la percepción); 4) la exigibilidad penal (causas de exculpación: estado de necesidad exculpante y miedo insuperable). A su vez el art. 21º consagra la institución de las eximencias imperfectas, mientras que el art. 22º incorpora supuestos de responsabilidad restringida en orden a la edad del agente (entre 18 y 21 años y más de 65 años). A esas normas deben incorporarse, por afectar también elementos esenciales del delito, las previstas en los arts. 14º y 15º del Código Penal, que aun cuando no están dentro del Capítulo sobre eximencias de responsabilidad penal sino en el Capítulo I denominado "Bases de la Punibilidad", resulta necesario hacerlo al reconocer específicamente causas; 5) de atipicidad subjetiva (error de

[167] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 325.

tipo); y, 6) de exclusión de la culpabilidad (error de prohibición y error de comprensión invencibles).

Es este caso el tribunal de instancia no observa dichas disposiciones penales, que inciden en la constitución del injusto penal y de la culpabilidad o imputación personal. Inobservar significa, en este caso, no aplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente, otorgando un alcance que la ley no permite, una de las causas que niegan o, en su defecto (eximencias imperfectas), atenúan de modo relevante, el injusto penal o la responsabilidad penal por el hecho.

El art. 348º.2 del Código de 1991 incorpora otro motivo de casación: cuando la sentencia sea condenatoria a pesar de existir un motivo fundado para disponer el sobreseimiento definitivo de la causa. El problema de este motivo es que el Código no regula en su texto motivos específicos de sobreseimiento, como lo hace por ejemplo la ley procesal española. Sin embargo, resulta obvio, luego del estudio que hemos dedicado al tema, que estos motivos serían: **a**) presupuestos de derecho material: insubsistencia objetiva del hecho, inexistencia del hecho punible, falta de indicios de responsabilidad penal y prueba notoriamente insuficiente; y, **b**) presupuestos de derecho procesal: causas de exclusión de la pena, ausencia de autorización para procesar, presencia de inviolabilidades e inmunidades y ausencia de presupuestos que condicionen la válida iniciación del procedimiento (condiciones de perseguibilidad). En este caso el juzgador de instancia no observó, como corresponde, las normas jurídicas que definen los presupuestos de derecho material como procesal, aunque es de aclarar que sólo tendrán relevancia casacional aquellos supuestos que excluyan el juicio fáctico por no ser de competencia del tribunal de casación, consecuentemente, en lo que respecta a los presupuestos de derecho material, cabe excluir todos los supuestos incluidos, salvo el caso de inexistencia del hecho punible cuando su determinación esté radicada en el juicio de subsunción.

C. Error en la apreciación jurídico-sustantiva

En rigor, este es el motivo más genuino de la casación y, en puridad, engloba a los dos anteriores. Por este motivo se denuncia "...la violación de un precepto legal por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación...". La infracción denunciada está referida a un precepto legal de decisiva influencia en la parte resolutiva de la sentencia o

auto. Se descarta la infracción de doctrina legal o la vulneración de doctrina jurisprudencial.

La norma o precepto legal infringido debe ser de carácter sustantivo, esto es, las normas del Código Penal y demás leyes penales especiales, en cuanto definidores: **a)** de la infracción penal (bases de la punibilidad y tentativa); **b)** de las personas responsables (autoría y participación); **c)** de las penas y circunstancias determinantes de la aplicación de las mismas, así como de las reglas para su imposición y medición; **d)** de la aplicación y graduación de las medidas de seguridad; **e)** de la extinción de la acción penal y de la pena; **f)** de las consecuencias accesorias del delito; y, **g)** de la responsabilidad civil derivada del delito. También se entiende las normas no penales de carácter sustantiva, en tanto deba ser observada en la aplicación de la ley penal, que es el supuesto de las leyes penales en blanco. De igual manera, como recuerda LUZÓN CUESTA, también puede invocarse la infracción de una norma constitucional de relevancia penal y, con ellas, obviamente, algunas normas adjetivas que su inobservancia pueda dar lugar a la declaración de inocencia o propiciar la condena [168]. ESCUSOL BARRA acota respecto de las normas procesales que su vulneración puede ser invocada por este motivo cuando dicha norma necesariamente tenga que ser observada en la aplicación de la ley penal [169].

Un elemento característico esencial de este motivo de casación es el respeto a los hechos probados a que hace referencia el art. 349º del Código de 1991. La casación, por este motivo, acota MARTÍNEZ ARRIETA, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es revisar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deben permanecer inalterados [170].

Uno de los supuestos más destacables en sede casacional por infracción de ley es, sin duda, la invocación de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en nuestra Constitución en el art. 2º.24.'e'), que tiene una naturaleza y carácter procesal. Este

---

[168] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 47.

[169] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 697.

[170] MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 45.

supuesto, ya abordado en capítulos anteriores, permite combatir el fallo de la resolución por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una "actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen", o, como ha declarado el Tribunal Constitucional español, por faltar una "adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías", practicadas en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derecho o libertades fundamentales [171].

Resulta obvio que integra el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia el que el tribunal de instancia razone con coherencia lógica las pruebas aportadas al proceso. En esta virtud, como apunta Giovanni LEONE siguiendo la jurisprudencia italiana, la casación debe controlar el procedimiento exterior que conduce a la formación del convencimiento del juez, esto es, comprobar que la sentencia de instancia está inmune de falta de lógica y de contradicciones y de que no haya dejado de tomar en examen los puntos esenciales del juicio o las resultancias procesales evidentísimas y fundamentales, que impediría a su vez la visión panorámica de la causa en sus líneas esenciales y determinaría un verdadero y propio paralogismo en el proceso lógico formativo del juicio [172].

Por otro lado, es de tener presente que, conforme al art. 359º del Código de 1991 los simples errores de derecho en la fundamentación de la resolución recurrida y las erróneas indicaciones de los textos legales, en los casos en que no hayan tenido influencia decisiva en la parte resolutiva de la sentencia u autor, no acarrean nulidad, pero deben ser corregidos. De igual manera se deberán corregir los errores en el cómputo de las penas. Esta norma es compatible con lo dispuesto en el art. 348º.3 del mismo Código cuando estatuye que no será casada una sentencia cuando el error en la apreciación jurídica sustantiva no ha tenido decisiva influencia en la parte resolutiva de la sentencia o auto.

D. Error facti

Este motivo es, en puridad, perturbador e incompatible con la específica naturaleza del recurso de casación, puesto que la valoración pro-

---

[171] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 50.

[172] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 194-195.

batoria, en sí misma, como juicio sustitutivo del tribunal superior, está por completo descartada por imperio del art. 349º del Código de 1991. Señala el art. 348º.4 del Código de 1991 que esta causal es procedente "...si se tiene por acreditado un hecho decisivo [...] a pesar de que en autos no existen pruebas del hecho invocado".

Esta norma obliga al Tribunal Supremo a revisar las actuaciones probatorias y, sobre base, en relación a la afirmación conclusiva del Tribunal de instancia, determinar la existencia de un error positivo o un error negativo, es decir, en el primer caso, cuando se advierte que se consignan como hechos probados hechos que aparecen desvirtuados por un acto de prueba acreditativo del error; y, en segundo caso, cuando se colige que se afirma como hechos probados hechos carentes de acreditación, extremo éste que incide en el ámbito propio de la presunción de inocencia.

Ahora bien, como se trata de respetar, en todo momento, el principio de inmediación en la valoración probatoria, reservado al tribunal de instancia, el acto de prueba que se invoque para demostrar el error del tribunal inferior, a semejanza de la legislación española, debe tratarse de un documento, creado con fines de preconstitución probatoria, producido y originado fuera de la causa, no en actuaciones procesales documentadas, salvo el caso de informes periciales, diligencias de inspección ocular y reconstrucción, dado que en ellas es prácticamente igual la inmediación que tiene el tribunal de instancia y el de casación [173]. Este documento, sostiene HINOJOSA SEGOVIA, debe constar en autos y demostrar la equivocación del juzgador de instancia (su contenido, en todo o en parte, no ha sido tomado en cuenta), pero no debe haber sido contradicho o desvirtuado por otros elementos probatorios [174].

Los procesalistas colombianos consideran que la apreciación errónea o la falta de apreciación de una prueba originan la violación indirecta de la ley sustancial, y puede ser el resultado de un error de derecho o de un error de hecho. El *error de derecho* se da: **a)** cuando el sentenciador admite y valora una prueba irregularmente aportada; y, **b)** cuando el sentenciador valora o le da un mérito superior o inferior a un elemento probatorio, distinto del que le da la ley [175]. En este último supuesto, se-

[173] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 62.

[174] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 573.

[175] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 499.

gún aclara Benjamín IRAGORRI DÍEZ, al reconocer que el sistema procesal moderno ha consagrado el criterio de conciencia en la valoración de la prueba, sólo será significativo cuando la ley de modo excepcional hubiera asignado a una determinada prueba una calidad privilegiada o plena, negada en el fallo recurrido [176]. Ahora bien, como tales referencias constituyen propiamente un error de derecho que incide en la aplicación de la ley penal y que tiene que ver con las referencias normativas de los elementos probatorios, en nuestra legislación se deben abordar como un supuesto claramente reconducible al art. 348º.3 del Código de 1991.

Desde la perspectiva colombiana, el *error de hecho* se presenta cuando: **a)** el sentenciador ignora una prueba que, válidamente aportada, se encuentra en el proceso; **b)** el sentenciador presuma una prueba de naturaleza conclusiva; y, **c)** el sentenciador desconoce o distorsiona una prueba en forma tal como si no existiera [177]. El error denunciado, acota IRAGORRI DÍEZ, debe ser manifiesto. La finalidad de este motivo de casación consiste esencialmente en subsanar ostensibles errores en que haya podido incurrir el juzgador de segundo grado; no en producir un replanteamiento valorativo de los elementos de juicio tenidos en cuenta con un mínimo de razones lógicas y jurídicas por el juzgador de instancia, porque así se desquiciaría la autonomía conceptual de que goza para la apreciación racional de determinadas pruebas, convirtiendo injustificadamente el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia [178]. Las simples discrepancias de valoración probatoria, dentro de las estipulaciones de la norma que regula la prueba, no son suficientes para configurar esa causal. ¡No se puede invadir el fuero interno de los jueces de instancia en cuanto concierne a la formación de su convencimiento respecto del hecho debatido! [179].

Por su parte, esquematizando sus puntos de vista sobre el particular, las materias que, a juicio de Enrique BACIGALUPO [180], pueden ser motivo de control en la casación respecto de la prueba de los hechos son:

---

[176] IRAGORRI DÍEZ, Benjamín: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Temis, Bogotá, 1974, p. 305.

[177] MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 501.

[178] IRAGORRI DÍEZ: *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., pp. 301-302.

[179] Casación Penal de 10 de febrero de 1967 de la Corte Suprema de Colombia.

[180] BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 71.

1. Cuando el Tribunal infringió la prohibición de valorar ciertas pruebas, ya sea por: **a)** haber sido ilegalmente obtenidas; o, **b)** no haber sido producidas en el juicio oral y, por lo tanto, obtenidas con vulneración de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción.
2. Cuando el Tribunal ponderó la prueba infringiendo la "interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos porque su razonamiento choca con las reglas de la lógica o con la experiencia, o porque se apartó infundadamente de los conocimientos científicos.
3. Cuando el Tribunal infringió el principio "*in dubio pro reo*" pues teniendo dudas condenó, en lugar de absolver.

Estos planteamientos son aplicables a nuestra legislación, en resguardo del principio de inmediación propio del tribunal de instancia y en garantía de la función casatoria atribuida al Supremo Tribunal. No se trata, entonces, de que la Sala Penal Suprema reemplace la apreciación del Superior Tribunal por la suya propia, sino de advertir errores de hecho, relevantes o manifiestos, que tengan incidencia en la aplicación del derecho sustantivo.

V. PROCEDIMIENTO RECURSAL

1. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

El recurso de casación se presenta ante la Sala Penal Superior que expidió la resolución de vista cuestionada. El tiempo del recurso es de 10 días hábiles de notificada la resolución que pretende impugnarse, a tenor del art. 351º del Código de 1991. Empero, el art. 345º de dicho Código menciona, contradictoriamente, un plazo de 3 días. Esta contradicción, sin duda alguna por un descuido del legislador, debe resolverse en favor del recurso, en cuya virtud debe entenderse que el plazo es de 10 días.

En cuanto al lugar de interposición, el art. 351º prescribe que se hará ante la Sala Penal Superior que emitió la decisión cuestionada. Este órgano jurisdiccional debe apreciar las condiciones de admisibilidad del recurso, esto es, si el recurso se presentó en tiempo hábil, contra una de las resoluciones señaladas por el art. 350º del Código que son las

únicas que pueden recurrirse en casación y si se presentó por escrito con autorización de abogado defensor, siendo este último requisito uno de forma imprescindible.

El recurso de casación, además, debe fundamentarse en debida forma. El art. 352º señala que el recurso se tendrá por fundamentado cuando se expresa, de manera clara y precisa, los agravios jurídicos y fácticos que contiene la resolución impugnada, indicando necesariamente el inciso o los incisos de los arts. 347º y 348º en que se sustenta. Resulta obvio que otro requisito de fondo, conjuntamente con la fundamentación del recurso, estriba en que –como señala el art. 388º.1 del Código Procesal Civil– el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando ésta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso. Por la propia naturaleza del recurso de casación, la motivación es un requisito de fondo que condiciona el juicio de procedencia del mismo. No es posible, como precisa el art. 334º, segundo párrafo, del Código de 1991, permitir que la fundamentación pueda hacerse posteriormente, habida cuenta inclusive que no existe un trámite de traslado obligatorio en el curso del procedimiento recursal. Si esta motivación falta, la Sala Penal Superior deberá declararlo improcedente. Además, como reza el art. 392º del Código Procesal Civil, la Sala Suprema puede declararlo improcedente, con la consiguiente declaratoria de insubsistencia del concesorio, antes de la vista de la causa.

2. Tramitación del recurso

Concedido el recurso por la Sala Penal Superior, está obligada a elevarlo, bajo responsabilidad, a la Sala Penal Suprema dentro de diez días hábiles, con los autos respectivos (art. 353º). Ingresado el proceso a la Sala Penal Suprema, inmediatamente lo remitirá para dictamen de la Fiscalía Suprema en lo Penal, la cual debe pronunciarse dentro del plazo de 15 días (art. 355º).

Durante ese lapso, las partes pueden señalar domicilio procesal y designar abogado para los informes que correspondan (art. 354º). Su actividad procesal se limita a la facultad de presentar informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa (art. 394º, primer párrafo, del Código Procesal Civil).

Devueltos los autos por el Ministerio Público, que debe dictaminar en todos los casos por imperio del art. 355º del Código de 1991 al ser un

paso obligatorio del procedimiento recursal casatorio, con lo que se abroga las limitaciones establecidas en el art. 83º de la LOMP, la Sala Suprema debe designar día y hora para la vista de la causa en audiencia pública en las condiciones previstas en el art. 131º del TUO de la LOPJ. En la vista de la causa, el letrado que pidió el uso de la palabra puede informar oralmente. El plazo para que la Sala emita sentencia no está específicamente contemplado en la Sección III del Capítulo II del Título IV del Código Procesal Penal, aunque el art. 334º, que regula el régimen general de los recursos, precisa que la resolución se dictará en el plazo de 3 días si se trata de reo en cárcel y de cinco días en los demás casos. Este plazo, sin duda alguna, es irrisorio y no ha tomado en cuenta las especiales características de la casación (el Código Procesal Civil reconoce un plazo de 50 días, art. 395º), por lo que habría que acudir a lo prescrito en el cuarto párrafo del art. 131º del TUO de la LOPJ que fija dicho plazo en tres meses calendario. El Proyecto de Código de 1995 fija como plazo 5 días si se trata de reo en cárcel y 10 días si se trata de reo libre (arts. 400º y 404º).

3. SENTENCIA CASATORIA

La sentencia casatoria tiene una estructura especial. Como tal, y en armonía con lo dispuesto en el art. 122º del Código Procesal Civil, contiene cuatro partes. En *primer lugar*, el encabezamiento, donde se expresará la fecha de la misma, el delito objeto del proceso penal, la identidad de las partes que intervienen en el recurso y la precisión del objeto del recurso y el nombre del Magistrado Ponente. En *segundo lugar*, los antecedentes de hecho y motivos de casación, vale decir –de un lado–, los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en cuanto sean pertinentes, y la parte dispositiva de aquélla, y –de otro lado– las causales de casación alegados por los recurrentes. En *tercer lugar*, los fundamentos de derecho, esto es, el razonamiento jurídico, en relación correlativamente enumerada de la resolución casatoria. En *cuarto lugar*, el fallo, que es la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de los puntos objeto del recurso de casación.

Si la sentencia estima el recurso de casación por quebrantamiento de forma o declara haber lugar a dicho recurso, además de declarar nula la sentencia impugnada dispondrá que los autos sean reenviados al juzgador que expidió la resolución casada para que dicte otra sin los

vicios que dieron lugar a la nulidad, que es el caso de vicios por defecto de la sentencia. Sin embargo, y no obstante que no lo dice el art. 357º del Código de 1991, cuando se trate de vicios en el procedimiento, según el art. 396º.2.4 del Código Procesal Civil, declarará insubsistente lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria, a fin de que el órgano jurisdiccional inferior proceda con arreglo a ley, teniendo la sentencia casatoria fuerza obligatoria para dicho órgano jurisdiccional. En cambio, si el vicio tiene que ver con un defecto de competencia, remitirá los autos a otra Sala Penal Superior, a fin de que sustancie u ordene sustanciar, hasta que termine el proceso, a partir del estado en que se incurrió en dicha causal.

Si la sentencia casatoria estima el recurso por infracción de ley, la Sala Penal Suprema anulará la resolución, estableciendo cuáles son las normas jurídicas para resolver la controversia, que deberá aplicar el juzgador de origen en la nueva resolución. En este caso el modelo de casación es siempre con reenvío al órgano jurisdiccional inferior, el cual está obligado a cumplir lo decidido por la Corte Suprema. Este modelo de casación, que siguió el esquema francés, fue desechado en el Proyecto de 1995 que más bien se afilió al esquema italiano de casación sin reenvío cuando se trataba de casación por infracción de ley. En este caso, dice el art. 399º, en la misma sentencia la Sala Penal Suprema se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate.

Un efecto de la sentencia casatoria es la cesación de la detención del proceso, a cargo de la propia Sala Penal Suprema, cuando se case la sentencia de instancia y como consecuencia de dicha nulidad corresponda dejar sin efecto la privación de libertad del imputado (art. 360º).

Siguiendo los modelos español, argentino e italiano, el Proyecto de Código de 1995 ha incorporado dos instituciones muy importantes: **a)** el *certiorari* (modelos argentino y español; y, **b)** las nulidades parciales (modelo italiano). En el primer caso, señala el art. 397º, que se rechazará de plano el recurso de casación cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio jurisprudencial ya establecido, en cuanto criterios que denotan la introducción de un factor nuevo en los poderes de conocimiento del Tribunal Supremo: que las

cuestiones en debate tengan sustancialidad propia y sean trascendentes. Señalamos en la Exposición de Motivos que dicha institución dota al máximo tribunal de un poder subjetivo de selección de causas y busca agilizar el trabajo del Supremo Tribunal permitiéndole rechazar recursos que cumplen requisitos de admisibilidad y procedencia, pero que debido a lo insustancial de la cuestión o a su falta de trascendencia no merecen ser de conocimiento por él, evitando de este modo gastos de tiempo y energías que se deben utilizar para ventilar las causas que verdaderamente sean importantes [181].

En el segundo caso se incorpora la concepción de *nulidades parciales*, en cuya virtud si un motivo de nulidad o de casación, estimado por el Supremo Tribunal, no afecta a otros coimputados o extremos de la sentencia recurrida, éstos adquieren la calidad de cosa juzgada y, por ende, no se verán comprometidos por la declaración de nulidad del fallo impugnado, de modo que el tribunal de instancia se limitará a pronunciarse solamente por el extremo que fue estimado por el Supremo Tribunal. Si un vicio procesal sólo afecta el ámbito jurídico de un imputado y no de los demás, la nulidad sólo tendrá efectos respecto del perjudicado con el vicio estimado y no podrá afectar a quienes se encuentran al margen de él; igualmente, si un motivo de fondo se circunscribe a un imputado o a un extremo diferenciable del fallo, los efectos de que se case el fallo de instancia no pueden extenderse a terceros ajenos al vicio *in iudicando* estimado en la sentencia casatoria.

Sobre este último tema, es de tener presente que la jurisprudencia nacional tradicionalmente era opuesta a la *nulidad parcial* del fallo de instancia. En una decisión, en este caso con absoluta razón, el Supremo Tribunal señaló que "... la sentencia, por el principio de unidad, es una resolución integral del proceso y pone fin a la instancia, por lo que no puede ser declarada nula en parte sin que esto afecte a su totalidad ..." [182]. Es de aprobar esta resolución sólo en cuanto a que en ella el Tribunal de Apelación anuló el fallo de primera instancia sólo en el extremo que absolvió a la acusada por el delito de hurto y lo confirmó en la parte que se la condenó por el delito de usurpación, desde que no es

[181] *El Peruano* (Separata Especial), Lima, 6 de abril de 1995, p. 5.

[182] Ejecutoria suprema de 28 de octubre de 1991, Exp. Nº 1299-91-ISP, Lima (*Jurisprudencia Penal, 1984-1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 212-213).

posible dejar pendiente la situación jurídica de un acusado cuando está sujeto a cargos por varios delitos; la evaluación judicial, respecto de dicho acusado debe ser, en efecto, integral, no siendo posible que se deje en suspenso un cargo y se apruebe otro que inclusive ha merecido una pena.

No obstante ello, la Corte Suprema evolucionó su doctrina hasta aceptar la *nulidad parcial* en los procedimientos complejos seguidos contra varios acusados, siempre y cuando en el primer fallo se resuelva en su totalidad la situación jurídica de uno o varios imputados, dejando para un segundo fallo la decisión de la situación jurídica de otros imputados. En tres decisiones dictadas en el año 1996 aceptó fraccionar el fallo de instancia y anular una parte del mismo, cuando éste contiene deficiencias en la apreciación fáctica o jurídica respecto de unos imputados pero no de otros, reconociendo la necesidad de afectar el principio de unidad de juzgamiento al amparo de los principios de economía procesal y celeridad procesal, así como del derecho del imputado a que resuelva su situación jurídica oportunamente, el mismo que no puede perjudicarse por quienes no han tenido el mismo tratamiento [183].

Es de destacar que en una decisión anterior, sin embargo, el Supremo Tribunal precisó que "[...] tal definición en modo alguno afecta al principio de la unidad del proceso, por cuanto la situación jurídica de quienes han sido pasibles de una resolución justa debe determinarse en forma oportuna en atención a los principios de economía procesal y celeridad en la Administración de Justicia [...]" [184]. Llama la atención, empero, que en otra decisión de la misma fecha reconozca la implicancia de la *nulidad parcial* con el principio de unidad del proceso, aunque exprese que "...no es menos cierto que la justicia debe ser pronta y oportuna, al existir en el proceso otros imputados que con arreglo a ley han sido pasibles de una sentencia absolutoria, los que no pueden perjudicarse por quien no ha tenido un tratamiento conforme a ley" [185].

---

[183] Ejecutorias supremas de 16 de febrero de 1996, Exp. Nº 3633-95, Lima; de 10 de mayo de 1996, Exp. Nº 710-96-B, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 253, junio, Trujillo, 1997, pp. A40-A42); y de 12 de agosto de 1996, Exp. Nº 2535-96, La Libertad (*Normas Legales*, T. 265, junio, Trujillo, 1998, pp. A16-A18).

[184] Ejecutoria suprema de 29 de diciembre de 1995, Exp. Nº 2503-95, Lima (*Normas Legales*, T. 251, abril, Trujillo, 1997, pp. A26-A30).

[185] Ejecutoria suprema de 29 de diciembre de 1995, Exp. Nº 3925-96.

Todas estas decisiones, en sus conclusiones y más allá de algunas contradicciones en su fundamentación, merecen una aprobación relativa, sin embargo debieron fundamentarse en la naturaleza del fallo de instancia una vez que el Superior, respecto del motivo de impugnación, considera que no se han producido defectos de enjuiciamiento o de ineficacia de la resolución. La ruptura de la unidad procesal, no obstante ello, no podrá acordarse cuando importe un menoscabo al derecho de defensa de quien resulte vuelto a llamar a juicio y su situación jurídica requiera ser dilucidada necesariamente en contraste con la de su coimputado, es decir, cuando existan posiciones defensivas contradictorias, mutuas incriminaciones o pruebas que los liga o comprende obligatoriamente a más de un imputado.

CAPÍTULO XXXIII
EL RECURSO DE NULIDAD

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Características del recurso. III. La Ejecutoria suprema: 1. Votos necesarios para que exista resolución. 2. Nulidad de actuados. Sentencia anulatoria. 3. Sentencia suprema de mérito.

I. ASPECTOS GENERALES

El Código de 1940, siguiendo a su precedente de 1920, no aceptó incorporar el recurso de casación. Más bien insistió en el recurso de nulidad. Pese a ello, ZAVALA LOAIZA, autor del Anteproyecto del Código de 1940, precisó que por lo menos el recurso de nulidad, al que calificó de extraordinario, tiene carácter casacional cuando se trata de impugnaciones de sentencias absolutorias [186]. GARCÍA RADA señala que se trata de un medio de impugnación suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efecto de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión superior. Precisa, además, que es un recurso que tiene un doble carácter: de casación e instancia, y persigue promover y procurar un nuevo examen de la sentencia de la Sala Penal Superior, tanto desde el punto de vista de la forma como del fondo [187].

Si bien su origen, como enseña ALZAMORA VALDEZ, se encuentra en la "*querela nulitatis*" del derecho medioeval, en nuestro ordenamiento pro-

---

[186] ZAVALA LOAIZA, Carlos: *Programa de Derecho procesal penal*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1941, p. 51.

[187] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 329.

cesal ha devenido en un recurso que no es extraordinario ni de nulidad –en sentido estricto– puesto que procede para todos los casos del art. 1127º del Código de Procedimientos Civiles (art. 292º del Código de Procedimientos Penales) y no por vicios de nulidad únicamente sino en forma principal por vicios de fondo [188].

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de dicho Código se ponderaba la superioridad del recurso de nulidad, porque el de casación, que no puede dejar de funcionar en algunos casos, no permite la enmienda directa del error, con los graves perjuicios consiguientes y traería complicaciones de otro orden de aceptársela estricta y rigurosamente. A la vez señalaba que el régimen actual introdujo indirecta y restrictivamente el sistema de casación, pero que el recurso de nulidad ha dado los mejores resultados, por lo que es del caso darle mayor amplitud [189].

A la luz de la estricta regulación del recurso de nulidad, es del caso afirmar que se trata de un recurso ordinario que introduce una modalidad restringida de apelación. De este modo coincidimos con Florencio MIXÁN MASS cuando precisa que el recurso de nulidad es un medio de impugnación de mayor jerarquía entre los *recursos ordinarios* que se ejercitan en el procedimiento penal peruano [190]. Asimismo, es de enfatizar que el recurso de nulidad en modo alguno asume el sistema de casación. La casación, como hemos visto, se circunscribe al análisis de infracciones de forma y de ley debidamente tasadas, sin que corresponda al Supremo Tribunal evaluar autónomamente la prueba actuada para sustituirla a la realizada por el tribunal de instancia. Como esta última característica es la que tiene el recurso de nulidad nacional, es de entender que su naturaleza jurídica es la propia de todo recurso de apelación, en cuya virtud se busca un fallo sustitutorio del de primera instancia. Por ello es que el art. 300º aún confiere al Supremo Tribunal atribuciones de modificación de la pena y el art. 301º le autoriza a absolver al injustamente condenado. En esta misma perspectiva, el modelo de apelación restrictivo se expresa, *primero*, en que no se puede ofrecer nueva prueba ni extender el objeto del proceso penal en sede suprema, y, *segundo*, en que no se puede condenar al absuelto (art. 301º).

---

[188] ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974, pp. 275-276.

[189] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 584.

[190] MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Marsol, Trujillo, 1994, p. 511.

II. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO

El recurso de nulidad, según el art. 292º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, procede específicamente contra cuatro tipos de resoluciones judiciales:

1. Contra las sentencias en los procesos ordinarios, es decir, contra las expedidas en primer grado por la Sala Penal Superior al finalizar el juicio oral;
2. Contra las sentencias que conceden condena condicional y contra los autos que revocan la condena condicional (por obvias razones debe comprenderse en aquellos supuestos las resoluciones que se pronuncian sobre la reserva de fallo condenatorio, que es una modalidad de reacción penal que al igual que la condena condicional evita la imposición de penas cortas privativas de la libertad);
3. Contra los autos que resuelven las excepciones y cuestiones previas o prejudiciales.
4. Contra los autos o resoluciones definitivas que extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia. La Corte Suprema ha establecido que no cabe recurso de nulidad contra las resoluciones que no pongan fin al procedimiento o a la instancia [191]. Asimismo, ha establecido que no procede recurso de nulidad contra los autos que resuelven incidentes de mandato de comparecencia [192] y contra los autos de libertad incondicional dictados en una causa en que el excarcelado no es el único procesado [193]; sí procede, en cambio, contra los autos de libertad incondicional, cuando la causa se sigue contra un solo encausado [194].

---

[191] Ejecutoria suprema de 10 de abril de 1991, Exp. Nº 750-90, Callao (*Normas Legales*, T. 209, octubre, Trujillo, 1993, pp. J20-J21).

[192] Ejecutoria suprema de 28 de marzo de 2001, Exp. Nº 1766-2001, Lima (*Normas Legales*, T. 310, marzo, Trujillo, 2002, p. A-37).

[193] Ejecutoria suprema de 20 de junio de 2001, Exp. Nº 1494-2001. Cono Norte (*Normas Legales*, T. 311, abril, Trujillo, 2002, p. A-37).

[194] Ejecutoria suprema de 1º de diciembre de 1987, Exp. Nº 527-87, Piura (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 85).

Se entiende que la procedencia del recurso de nulidad en los supuestos 2 al 4 está referida a las decisiones emitidas en los procesos ordinarios, toda vez que la Corte Suprema no tiene competencia para conocer de los procedimientos sumarios y de los procedimientos por delitos privados, salvo la sumaria investigación [195]. El inc. 6 del citado artículo menciona aquellos casos en que la ley confiere expresamente dicho recurso, tales como los autos que resuelvan la recusación de Vocales (art. 40º), las contiendas de competencia o declinatoria de jurisdicción (art. 28º), etc.

Un supuesto polémico se presenta cuando se recurre del auto que declara la improcedencia del juicio oral, expedido en mérito a la decisión del Fiscal Supremo al amparo del inc. d) del art. 220º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, de 3 de diciembre de 1985, que consideró que no había mérito para formular acusación. La Corte Suprema en una ocasión estimó que la opinión del Fiscal Supremo es meramente ilustrativa y no determina el acabamiento del proceso al no tener el Ministerio Público función decisoria en materia jurisdiccional [196]. En otra ocasión, sin embargo, señaló que como el Ministerio Público es el titular de la acción penal y la función persecutoria se encuentra al margen de la función jurisdiccional, en casos como el analizado cuando el Ministerio Público decide dar por terminado el ejercicio de la acción penal, no cabe al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre el fondo del asunto [197]. Desde esta última perspectiva, el Supremo Tribunal ha llegado a sostener que, inclusive, el recurso de nulidad contra el auto que declara no haber lugar a juicio oral y dispone el archivamiento del proceso, deviene inoperante, porque de ampararse importaría obligar al fiscal a formular acusación, contraviniéndose lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en la autonomía constitucional de la Fiscalía [198].

---

[195] Ejecutorias supremas de 21 de setiembre de 1982 (*El Magistrado*, 2º Semestre, Lima, 1982, p. 189); de 27 de noviembre de 1972, Exp. Nº 1655-72, Cusco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 114-115); de 20 de julio de 1990, Exp. Nº 593-90, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 177-179); y, de 3 de julio de 2002, Exp. Nº 2978-2001, Lima, Inédito.

[196] Ejecutoria suprema de 11 de marzo de 1991, Exp. Nº 746-90, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 330-331).

[197] Ejecutoria suprema de 8 de setiembre de 1982, Exp. Nº 1885-80, Lima (BRAMONT ARIAS, Luis: *El Ministerio Público*, SP Editores, Lima, 1984, pp. 197-200).

[198] Ejecutoria suprema de 21 de mayo de 1981, San Martín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 85-86).

Según el art. 293º el recurso de nulidad no es suspensivo, salvo que se imponga pena de expatriación o de muerte. En el caso de la pena de expatriación, mientras se sustancia el recurso, el condenado quedará bajo vigilancia de la autoridad política (art. 331º *in fine*). El art. 330º incorpora al efecto suspensivo las penas de internamiento, relegación y penitenciaría, que traían aparejadas un aislamiento celular y la limitación de determinados derechos civiles. Empero, como esas penas no han sido reconocidas en el nuevo Código Penal, tal disposición ha quedado vacía de contenido. La pena de muerte, actualmente, es de imposible aplicación en el ordenamiento jurídico peruano, pues no hay tipo penal que la prevea y su extensión no es posible por imperio de la Convención Americana de Derechos Humanos. Si se trata de sentencia absolutoria, el recurso no impide la inmediata excarcelación del acusado, con arreglo al art. 329º.

El recurso de nulidad se interpone ante la Sala Penal Superior que emitió la resolución recurrida. El órgano jurisdiccional de instancia está facultado para denegarlo de plano si la impugnación se interpone contra resoluciones distintas a las taxativamente contempladas en la ley, fuera del plazo de ley o por personas no legitimadas o que no son parte en el juicio [199]. Según el art. 300º, modificado por la Ley Nº 27454, de 25 de mayo de 2001, el Ministerio Público, el sentenciado y la parte civil deben de fundamentar, en el plazo de diez días, el recurso, en cuyo defecto se declarará inadmisible. El plazo para interponer recurso de nulidad es de un día hábil de expedida y leída la sentencia o de notificada la decisión impugnada. Si se interpone recurso de nulidad en el acto del juicio oral, se hará en forma oral, pero si se hace fuera del acto oral y en todos los casos, la impugnación es por escrito.

Admitido el recurso de nulidad, para lo cual la Sala Penal Superior debe dictar la resolución correspondiente dando por interpuesto dicho recurso y citando la disposición legal en que se funda [200], es de rigor elevar los actuados inmediatamente a la Corte Suprema. Por otro lado, si se concede el recurso, éste luego no puede ser declarado desierto ni abandonado.

---

[199] *Revista de los Tribunales*, 1934, Lima, p. 13.

[200] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1959, Lima, p. 462; *Anales Judiciales*, 1912, Lima, p. 334.

La Corte Suprema también ha estatuido que en nuestro ordenamiento procesal no se encuentra prevista la figura de la adhesión al recurso de nulidad [201]. En cambio, ha declarado que sí es posible el desistimiento [202].

En materia de admisión del recurso de nulidad, la Corte Suprema ha dejado sentado un principio esencial. Si se concede el recurso de nulidad, la Sala Penal Superior carece de facultad legal para ampliar o modificar la resolución materia del recurso, así como tramitar cualquier incidente penitenciario y anular su propia sentencia y todo lo actuado en el juicio oral, desde que en virtud del concesorio perdió jurisdicción [203].

La Corte Suprema, en cuanto al *ámbito competencial del recurso de nulidad* ha establecido recientemente que "...no está facultada a desarrollar actividad probatoria, no actúa diligencias conforme a las pretensiones del recurrente, limitándose el ámbito de su competencia a revisar los elementos probatorios que válidamente fueron materia de debate contradictorio; por dicha razón es que no se pueden actuar nuevas pruebas, y si bien en algunos casos se solicitan documentos a otras dependencias judiciales, es porque los mismos han sido materia de valoración en el proceso o sentencia alzada en grado" [204]. Ello implica, de un lado, que el recurso de nulidad no importa la renovación de la actividad probatoria, ni posibilita actuar pruebas que no se llevaron a cabo en la instancia; y, de otro lado, que la labor de control recursal se circunscribe al análisis de las actuaciones del proceso. El problema de esta última concepción es, sin embargo, que en un proceso pretendidamente oral y con respeto a la inmediación, una renovación integral del juicio probatorio no es posible, pues ello implicaría convertir el recurso ante el Supremo Tribunal en un recurso ordinario más, en una suerte de apelación.

---

[201] Ejecutoria suprema de 13 de diciembre de 1978, Exp. Nº 2273-78, San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1978, p. 364).

[202] Ejecutoria suprema de 9 de junio de 1992, Exp. Nº 539-92-A (*Normas Legales*, T. 219, agosto, Trujillo, 1994, p. J17).

[203] *El Peruano*, Lima, de 9 de febrero de 1946; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1977, Lima, p. 709.

[204] Ejecutoria suprema de 18 de setiembre de 2002, Exp. Nº 4792-2001, Callao (Inédita).

III. LA EJECUTORIA SUPREMA

1. VOTOS NECESARIOS PARA QUE EXISTA RESOLUCIÓN

La sentencia suprema, expedida al absolver el recurso de nulidad, requiere de cuatro votos conformes, a tenor del art. 296º del Código de 1940 y del art. 141º del TUO de la LOPJ. De no existir tal número de votos, en una Sala integrada de cinco Vocales, resulta discordia, en cuya virtud intervendrán sucesivamente tantos Vocales dirimentes como sean necesarios hasta formar resolución (art. 144º del TUO de la LOPJ).

2. NULIDAD DE ACTUADOS. SENTENCIA ANULATORIA

La sentencia suprema puede ser anulatoria. Ello procederá cuando la resolución recurrida incurre en las causales de nulidad previstas en el art. 298º, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126. Se trata de tres supuestos clásicos en materia de nulidad procesal:

1. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal, de por sí insubsanables. Ello significa, sin duda alguna, que se trate de causales de nulidad taxativamente previstas en la ley, de infracciones a las normas esenciales del procedimiento penal (audiencia, asistencia y defensa) y que, en lo esencial y en todos los casos, produzca efectiva indefensión a las partes.

2. Cuando en la resolución recurrida se dictó pese a la incompetencia de la Sala Penal Superior. Se entiende que se trata de incompetencia objetiva o funcional, en la que se incluye, obviamente, la competencia material.

3. Cuando: **a)** se ha condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o del juicio oral (lo que en virtud de los principios acusatorio y de oficialidad debe encontrarse plasmado en la acusación fiscal y no en otro acto procesal, por cuanto dicho acto procesal de parte es el que introduce la pretensión penal); o, **b)** se ha omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia (es de entender, en armonía con las disposiciones de la LOMP, que se trata *de la denuncia formalizada del Fiscal*, no de la *notitia criminis* del denunciante), de la instruc-

ción (supuesto que carece de entidad procesal al corresponder al Ministerio Público la persecución del delito, de suerte que si el Fiscal no insta la apertura del auto de apertura de instrucción, tal omisión no es de cargo del Juez y, por consiguiente, no produce nulidad de actuados) o de la acusación. Se trata, como hemos visto, de los supuestos de falta de correlación y de incongruencia omisiva o "fallo corto".

En estos supuestos, como reza el art. 299º, la Corte Suprema, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso o la materia que lo determine, tiene facultad para anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro Juez Penal, o declarar sólo la nulidad de la sentencia y señalar el Tribunal que ha de repetir el juicio. Esta facultad se justifica en la medida en que el procedimiento penal debe desarrollarse cumpliendo las reglas básicas que garanticen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º.3 de la Constitución), por lo que independientemente de la pretensión impugnatoria el órgano jurisdiccional supremo debe cuidar que los actos procesales que forman el procedimiento penal sean eficaces, sin que a ello obste la voluntad de las partes.

El Tribunal Constitucional estableció que cuando se anule una sentencia condenatoria y los encausados se encontraren libres durante la etapa de enjuiciamiento, en aplicación del hoy derogado art. 200º CPP (por la Ley Nº 27994 de 6 de junio de 2003), no cabe que el Tribunal Superior al dictar nuevo auto de citación a juicio les dicte mandato de detención, dado que en esos casos la norma prevé la concurrencia al juicio en libertad (STC, Exp. Nº 033-2000-HC/TC; STC, Exp. Nº 070-2000-HC/TC; STC, Exp. Nº 043-2000-HC/TC, acumulados, Asunto "Raúl Salazar Tabarné", de 13 de abril de 2000) [205].

La nulidad no se declarará tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados o que no afecten el sentido de la resolución (principio de conservación de los actos procesales). Obviamente no cabe subsanación de nulidades absolutas, cuando exista manifiesta falta de competencia del tribunal de instancia, cuando se realicen actos procesales bajo violencia o intimidación o cuando se prescinde de modo grave de las normas esenciales del procedimiento o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido efectiva indefensión.

---

[205] *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 11, Trujillo, 2002, pp. 104-109.

Por otro lado, cuando exista incongruencia omisiva, la Corte Suprema puede subsanar, en lo incidental o subsidiario, los fallos o resoluciones judiciales, para lo cual completarán o integrarán éstas, que es el caso, por ejemplo, de la omisión de imposición de las penas accesorias, de algunas penas conjuntas, de la determinación de la multa, del período de prueba, del concepto íntegro de la reparación civil, aunque es del caso atender a los problemas que ello acarrea al principio de la interdicción de la reforma peyorativa.

En caso se anule el proceso, se retrotraerá el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio, sin perjuicio de que subsistan los elementos probatorios no afectados por aquél. Si se declara la nulidad del juicio oral, éste se reabrirá solamente para la subsanación de los vicios u omisiones que lo motivaron o para la complementación o ampliación de las pruebas o diligencias que correspondan.

La Corte Suprema, invocando el art. 299º del Código de 1940, desde siempre ha considerado que cuando, a su juicio, la investigación judicial no se encuentra agotada, faltan diligencias o actos de prueba necesarios para decidir sobre el fondo del asunto o cuando la investigación judicial es deficiente, es del caso anular la sentencia recurrida y todo el juicio oral, incluyendo los actuados de la etapa intermedia, a la vez que mandar ampliar la instrucción. Así lo tiene decidido, entre muchísimas resoluciones, la de 18 de marzo de 1982 [206] y la de 5 de setiembre de 1979 [207]. En la Ejecutoria suprema de 24 de mayo de 1993, precisó que si el objetivo de la instrucción, consistente en reunir las pruebas de la realización del delito, las circunstancias en que se perpetró y la distinta participación de sus autores y cómplices, no se ha logrado pese a haberse emitido sentencia debe anularse el fallo y conceder al juez un plazo ampliatorio para la investigación [208].

Ahora bien, el art. 299º del Código de 1940 sólo autoriza a la Corte Suprema a anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro juez cuando media una de las causales de nulidad o de ineficacia procesal señaladas en el art. 298º. Desde esta perspectiva resultará adecuado anular el proceso y rehacerlo si se omitió procesar un

[206] Exp. Nº 195-82, Ayacucho.

[207] Exp. Nº 1904-79, La libertad.

[208] Exp. Nº 585-93, Lima.

delito que aparece de la denuncia formalizada del fiscal o de una ampliatoria suya (inc. 3), o si no se actuó una diligencia admitida a trámite o si ilegalmente se desestimó, o si se actuó indebidamente violándose normas de procedimiento o garantías y derechos de las partes (inc. 1).

Empero, no tiene ningún fundamento, ahora que la justicia es persecutoria y que el Fiscal es el titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba (art. 159º, incs. 4 y 5, de la Constitución y numerales 11º y 14º de la Ley Orgánica del Ministerio Público), que el órgano jurisdiccional asuma la responsabilidad –¡y se imponga de oficio su control!–, de la cantidad y calidad de información con que se recaude la causa y pase a juicio oral. Corresponde a la etapa intermedia establecer si la causa debe pasar a su enjuiciamiento, para lo cual el Fiscal tiene la posición principal, pero existiendo acusación y afirmado el principio de aportación de partes, resulta perturbador que el órgano judicial supremo, inclusive de Alzada, asuma una función activa y de compromiso con el material probatorio. Es de recordar que es de responsabilidad del Ministerio Público aportar las evidencias necesarias para enervar la presunción de inocencia, mientras que el órgano jurisdiccional sólo es responsable de la justicia que imparte en orden al material de hecho aportado por las partes.

De lo expuesto resulta muy interesante la Ejecutoria suprema de 16 de abril de 1945, que mandó ampliar la instrucción bajo el argumento de las graves infracciones legales cometidas en la instrucción: informe pericial realizado por peritos impedidos por incompetencia e incompatibilidad y omisión de actuación de pruebas importantes [209]. Obviamente, puede aceptarse el cuestionamiento y la nulidad por una prueba viciada de nulidad, cuyo "rehacimiento" puede efectuarse en el marco del juicio oral, empero por lo anotado en el párrafo anterior, es censurable en su propia configuración jurídica. En esta decisión existe un voto singular del Señor Vocal Supremo, Dr. Frisancho, sin duda alguna de mejor factura. En él se sostiene que la etapa intermedia sirve para enmendar errores cometidos en la etapa de instrucción, que cuando la Corte Suprema conoce de una sentencia absolutoria sólo puede anularla en los casos taxativamente enumerados en la ley, y que cuando el Código faculta a ordenar nueva instrucción, ésta no es ni puede ser otra que la

[209] RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 75-78.

que se abra contra persona no comprendida en la acusación o bien la que tiene por materia delito distinto del que motivó el proceso, como lo define el art. 265º del indicado Código.

La Corte Suprema, en otra interesante decisión, comprende dentro del supuesto de nulidad procesal la correcta tipificación del hecho objeto del proceso penal. Expresa al respecto que: "Constituye una garantía fundamental de todo proceso penal, la exacta tipificación de los hechos materia de juzgamiento, esto es, la adecuación correcta de la conducta imputada a los acusados en la norma legal correspondiente; que, en el caso de autos dicha garantía no ha sido observada por el Colegiado, por lo que se hace necesario que en un nuevo juicio oral se ordene la concurrencia del agraviado [...] y de los testigos [...], asimismo la [presencia] de la testigo [que] ha prestado una declaración jurada legalizada por Notario [...]" [210]. Es de anotar, empero, que la indebida tipificación, de responsabilidad del Fiscal y del órgano jurisdiccional en todo caso, no puede perjudicar al imputado, ajeno institucionalmente al error; además, no puede invocarse una garantía en perjuicio del garantizado, que en este caso sería el imputado; y, fundamentalmente, la tipificación judicial, que forma parte del objeto penal, si es que el Fiscal no instó una distinta y objetó la del órgano jurisdiccional, no constituye en modo alguno un supuesto de vicio por defecto de la sentencia: no existe un defecto por falta de correlación o por incongruencia omisiva. Es de insistir, finalmente, que no es propio que el Tribunal Supremo revise y se inmiscuya en el conjunto de la actividad probatoria desarrollada en la instancia a fin de verificar si la cantidad de prueba es suficiente o no para decidir la causa, pues, como ya se ha precisado, el problema del aporte probatorio de cargo es de incumbencia exclusiva del Fiscal.

3. SENTENCIA SUPREMA DE MÉRITO

Si la Corte Suprema, independiente en este caso del pedido concreto de las partes, no encuentra vicios procesales (defectos de la sentencia o vicios en el procedimiento), está autorizada a pronunciarse sobre el mérito de la sentencia recurrida, a cuyo efecto realizará una evaluación

---

[210] Ejecutoria suprema de 8 de marzo de 1999, Exp. Nº 5209-98, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 403).

del material de hecho o probatorio y de los fundamentos jurídicos del fallo de la Sala Penal Superior, sustituyendo las valoraciones del tribunal de primera instancia por las suyas propias, que es precisamente la característica más clara de lo que significa una apelación. A partir de este análisis, tiene las siguientes facultades de mérito:

1. Puede modificar la pena de uno o más de los condenados, cuando se haya aplicado al delito objeto de condena una sanción que no le corresponde, sea por su naturaleza o por las circunstancias de su comisión (arts. 45º y 46º del Código Penal). Se requerirá unanimidad de votos para imponer como pena modificatoria la de cadena perpetua. Es de puntualizar que el originario art. 300º del Código de 1940, en relación al Código Penal de 1924, mencionaba la pena de privación de libertad más grave, el internamiento, por lo que, en relación al Código Penal vigente de 1991 debe entenderse que la unanimidad corresponde a la pena más grave, que es la de cadena perpetua: art. 29º, modificado por la Ley Nº 26360, actualmente en vigencia al haberse derogado el D. Leg. Nº 895, cuya 5ª DF, lo modificaba).

2. Puede anular la sentencia recurrida y absolver al condenado, cuando no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito o que existe cosa juzgada así el condenado no haya opuesto ninguna de ambas excepciones.

3. Puede, en caso no considere fundada la sentencia absolutoria, anularla y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral. Ya hemos señalado que la imposibilidad de condenar al absuelto se basa, a juicio de la Exposición de Motivos de dicho Código, en la ausencia de inmediación. MIXÁN MASS expresa que en el fondo de dicha prohibición subyace el temor de que la Corte Suprema incurra en un grave error de apreciación que ponga en peligro la inocencia de muchos procesados, pues, los supremos no han visto ni han oído al procesado, no han vivido las incidencias, el cúmulo de impresiones, habidos en el juicio oral y condenando en forma fría, sólo en mérito de los actuados, a quien había sido absuelto podrían cometer, en muchos casos, una injusticia [211]. Tal posición, sin embargo, no extiende su crítica a la posibilidad de aumentar la pena, tanto más si la determinación de la misma requiere igualmente de la inmediación y apreciar la culpabilidad por el hecho.

---

[211] MIXÁN MASS: *El juicio oral*, cit., pp. 561-562.

El tema central en debate era si los arts. 300º y 301º del Código de 1940 no tomaban en cuenta qué parte había recurrido y cuál era la materia del recurso, así como si el recurso de nulidad tenía efectos extensivos, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, aun para los no impugnantes. La Corte Suprema, asumiendo una concepción inquisitiva del recurso –como medio de control del superior al inferior y no como derecho de los justiciables–, había entendido que tenía facultad para revisar la sentencia, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso de nulidad; que podía variar libremente la calificación del delito; que no estaba sometida al principio de la interdicción de la reforma peyorativa y que podía conocer de extremos del fallo que no habían sido objeto del recurso, comprendiendo inclusive a quienes no habían recurrido, mejorando o agravando su situación jurídica. GARCÍA RADA llega a decir inclusive que "la amplitud de la potestad jurisdiccional de la Corte Suprema es irrestricta. Tiene una sola limitación: la de no poder condenar a quien ha sido absuelto por un tribunal" (212).

El Supremo Tribunal, bajo esa óptica, en una decisión señaló lo siguiente: "...habiéndose concedido el recurso de nulidad contra la sentencia, este Supremo Tribunal tiene competencia para conocer el íntegro de la resolución impugnada, pues en materia penal no hay impedimento para modificar la pena aun cuando este aspecto de la resolución no haya sido cuestionado" (213). En otra decisión estipuló que "...la circunstancia de que el acusado no interponga recurso de nulidad, no obsta para que el Tribunal Supremo examine y resuelva su condición jurídica" (214).

En su momento consideré, sin embargo, que esa opción jurídica era profundamente errónea y tenía efectos devastadores en el proceso penal, y que a la luz de la Constitución exigía una redefinición hermenéutica y jurisprudencial. El art. 299º de 1940 es el único que permite al Tribunal Supremo, en atención a lo que significa eficacia de los actos procesales en el procedimiento penal, no tomar en cuenta la parte que interpuso el recurso y la materia del mismo. El propio art. 299º del citado Código reconoce que en el recurso de nulidad hay una parte que lo interpone y que éste se circunscribe a una materia determinada, que

---

(212) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 340.

(213) Ejecutoria suprema de 14 de abril de 1998, Exp. Nº 38-98-B, Lima.

(214) Exp. Nº 2511-79, Lima.

lógicamente está configurada por el recurrente, es decir, que existe una concreta pretensión impugnatoria que delimita el pronunciamiento de la Sala Penal Suprema y que, como excepción a la regla, expresamente reconoce su no aplicación tratándose de nulidades procesales insubsanables.

En virtud de lo expuesto, debía interpretarse que fuera de los casos de vicios de procedimiento, cuando la Corte Suprema había de pronunciarse sobre el mérito del fallo de la Corte Superior debía tomar en cuenta la pretensión impugnatoria, esto es, la parte que interponía el recurso y la materia que lo determinara. El vocablo "también", con el que empezaba la redacción del art. 300º, hacía mención a las facultades generales de la Corte Suprema en materia de fondo, pero éstas como era obvio debían amoldarse o adaptarse a la concreta pretensión impugnatoria del recurrente. En tal virtud, la sentencia suprema no podía comprender a personas no incluidas en el recurso ni agravar la situación jurídica del impugnante si sólo venía interpuesto por su parte, salvo en lo favorable en atención al principio de favorabilidad, como se ha enumerado mediante la Ley Nº 27454, de 24 de mayo de 2001. Estas consecuencias no sólo constituyen la plasmación de principios procesales, sino que envuelven la aplicación directa de normas constitucionales que garantizan el debido proceso, el derecho a la tutela judicial y la proscripción de la indefensión (art. 139º, incs. 3 y 14 de la ley fundamental). Por lo demás, el art. 370º del Código Procesal Civil, que se extiende a todos los recursos y procedimientos judiciales, ha contemplado expresamente el principio de la interdicción de la *reformatio in peius*.

CAPÍTULO XXXIV
LA ACCIÓN DE REVISIÓN

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Legitimación y competencia. III. El objeto impugnable. IV. Motivos de revisión: 1. Introducción. 2. Primer motivo. 3. Segundo motivo. 4. Tercer motivo. 5. Cuarto motivo. 6. Otros motivos. V. El procedimiento de revisión. VI. Motivo de revisión por declaratoria de inconstitucionalidad. 1. Aspectos generales. 2. Procedimiento. 3. Procedimiento especial.

I. ASPECTOS GENERALES

Los Códigos de 1940 y 1991 denominan "recurso" a la revisión, mientras que el Proyecto de 1995 la denomina "acción". En rigor, como apunta TOMÉ GARCÍA, la revisión constituye un medio de ataque a la cosa juzgada que se fundamenta en razones de justicia [215]. No es posible denominarla *recurso* porque no trata de impugnar decisiones o resoluciones con aspiración de conseguir dentro del proceso un nuevo estudio y un nuevo fallo de la cuestión debatida, para lo que sería preciso que no se hallare definitivamente resuelta, sino atacar las sentencias firmes haciéndoles perder este carácter [216]. En tanto con la revisión se persigue rescindir sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada, no puede menos que calificarla de excepcional y de acción impugnatoria independiente o proceso autónomo, que, por tanto, está sometido en su iniciación y desarrollo a la concurrencia de determina-

---

[215] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 587.

[216] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 324.

dos presupuestos, requisitos y condiciones característicos y privativos de todo proceso.

Siguiendo a ALMAGRO NOSETE diremos que la revisión es un proceso autónomo y medio extraordinario o excepcional de impugnación contra sentencias firmes de condena –según los términos del Código de 1940 y del Proyecto de 1995– que sólo procede por causas tasadas, circunscritas a casos determinados de conocimiento sobrevenido sobre hechos o pruebas que se utilizaron en el juicio, o sobre nuevos hechos o meros elementos de prueba, con el fin de evitar la grave injusticia de la resolución impugnada, mediante su anulación o rescisión con los consiguientes efectos, en su caso, de apertura de otro enjuiciamiento [217].

FENECH enfatiza que la revisión tiene las siguientes notas características que la diferencian de los recursos. En *primer término*, la revisión se interpone después de transcurrido el plazo normal concedido para la interposición de los recursos. En *segundo término*, el recurso se interpone por la parte que ha sufrido un gravamen con la resolución cuyo nuevo examen se pretende, mientras que la revisión puede solicitarse no sólo por el condenado, sino por sus parientes, que no han sido parte. En *tercer término*, el recurso tiende a provocar un nuevo examen de la resolución dentro del mismo proceso en que se dictó, mientras que en la revisión ello no es posible porque el proceso declarativo ya acabó y sólo existe el proceso ejecutivo. En *cuarto término*, la eficacia del recurso depende de que la decisión impugnada adolezca de vicios en relación con una determinada situación fáctica o con una norma jurídica, en ambos casos necesariamente anterior a la resolución recurrida; mientras que en la revisión los vicios denunciados han de ponerse de relieve en relación con situaciones de hecho producidas o conocidas con posterioridad a la sentencia, no siendo procedente la revisión por vicios o errores de tipo jurídico de la sentencia. En *quinto término*, la impugnabilidad de las resoluciones no está en función con el contenido o tenor material del fallo, puede ser condenatoria o absolutoria; la revisión, en cambio, y de modo general, sólo procede contra sentencias condenatorias. En *sexto término*, en el recurso, de

[217] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 600.

ampararse, no se indemniza a la parte vencedora, sin embargo en la revisión, si finalmente se absuelve al reo, se le indemniza y, de ser el caso, hasta a sus herederos [218].

La existencia de la revisión, como apunta RAMOS MÉNDEZ [219], siguiendo la jurisprudencia constitucional española (STC Nº 124/1984, de 18 de diciembre), supone romper una lanza en favor de la justicia frente a la alternativa del valor seguridad proporcionado por el efecto, al menos aparente, de cosa juzgada. La existencia de la revisión, se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, en tanto valor superior que propugna el Estado social y democrático de Derecho (art. 44º Const.). Tal exigencia de justicia se halla estrechamente vinculada a la dignidad humana (art. 1º Const.) y a la presunción de inocencia (art. 2º.24.'e' Const.), por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad.

La labor del Tribunal de Revisión, a la luz de lo expuesto, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ, no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia sino sólo y exclusivamente si, a la vista, fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta [220]. Su finalidad se dirige a hacer prevalecer frente a los efectos de una sentencia o resolución firme sustentada en una verdad formal y legal, la auténtica y plena verdad material, real y extraprocesal.

En tanto se trata de un medio de revocación de sentencias firmes, la revisión ha de basarse por fuerza, como puntualiza GÓMEZ ORBANEJA, en *otros* hechos o elementos de prueba –distintos del material de conocimiento apreciado por el juez–, que éste hubiera podido tal vez conocer, pero que no conoció; y esos datos han de ser tales que, de haber constado en la causa, el resultado habría sido distinto [221]. Esto último permite considerar como atípico y errático, aunque justificado por las circunstancias, el motivo de revisión incorporado por la Ley Nº 26248, de 25 de

---

[218] FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, pp. 559-560.

[219] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., pp. 444-445.

[220] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 692.

[221] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 315.

noviembre de 1993, para el caso de los delitos con propósito terrorista, en cuya virtud no se pide la acreditación de hechos falsos o la presentación de nuevos elementos de prueba, sino una nueva evaluación de los elementos de prueba recogidos durante el proceso, lo que lo asemeja el recurso de casación de fondo (*error facti*).

II. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA

El art. 362º del Código de 1940, modificado por el Decreto Ley Nº 18236, en concordancia con el art. 82º.1 de la LOMP, dispone que la revisión puede ser interpuesta por el acusado –el art. 364º del Código de 1991, menciona, con mejor técnica, al condenado–. También pueden interponerla los parientes del condenado hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como su cónyuge, su tutor, padre o hijo adoptivo. La LOMP consideró expresamente al Fiscal Supremo en lo Penal como funcionario del Ministerio Público legitimado para promover la revisión, con lo que, acota CLARIÁ OLMEDO, se ratifica en primer término la regla de que la Fiscalía tiene la facultad de impugnar aun en favor del imputado, así como, en segundo término, el criterio de orden público que gobierna esta impugnación excepcional imponiendo al órgano promotor de la justicia su formulación cuando se den las circunstancias del caso [222].

En materia de impugnación subjetiva, la Ley Nº 18236 confirió legitimidad para interponer revisión a los Vocales de la propia Corte Suprema, lo que se justificó en la medida que en el año 1970 se eliminaron los Fiscales ante la Corte Suprema. Empero, al haber sido restituido el Ministerio Público ante la Corte Suprema con motivo del Decreto Legislativo Nº 52, que expresamente autorizó al Fiscal Supremo en lo Penal a promover la revisión, debe entenderse, conforme acota GARCÍA RADA, que dicha norma ha sido abrogada [223]. Además, resulta un contrasentido que la facultad de impugnación se la concedan a los jueces, cuya función es decisoria y no requiriente.

En relación al condenado y sus parientes, éstos, y por su orden, sólo podrán interponer revisión en la medida en que el condenado haya

---

[222] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 563-564.

[223] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 325.

fallecido o esté ausente con presunción de fallecimiento; no podrán hacerlo en cualquier oportunidad. Esta opción, propia de los Códigos modernos, al decir de CLARIÁ OLMEDO tiende a evitar conflictos entre el condenado y los miembros de su familia [224]. Por otro lado, es procedente la revisión póstuma, es decir, aquella interpuesta luego de muerto el condenado, que tendrá como finalidad rehabilitar su memoria (arts. 363º del Código de 1940 y 365º del Código de 1991).

La competencia de la revisión está a cargo de la Corte Suprema. Los arts. 16º y 364º del Código de 1940 la radican en la Sala Plena, que en esta ocasión no realiza funciones de gobierno sino jurisdiccionales. En cambio, el art. 366º del Código de 1991 la reside en la Sala Penal de la Corte Suprema.

III. EL OBJETO IMPUGNABLE

En *primer lugar*, sólo son revisables las sentencias, esto es, una decisión sobre el fondo con carácter de definitiva. No es necesario que se trate de una sentencia dictada por el tribunal de último grado, no requiriéndose el agotamiento de las instancias ordinarias y extraordinarias. En *segundo lugar*, las sentencias, además, deben ser firmes, es decir, haber pasado a la autoridad de cosa juzgada.

En *tercer lugar*, un tema de discusión es si sólo cabe revisión contra las sentencias condenatorias o si también es posible extenderla a las absolutorias. El Código de 1940 y el Proyecto de 1995 sólo la admite para las sentencias condenatorias firmes (consagran del modo más pleno el *favor defensionis*), mientras que el Código de 1991, siguiendo la pauta germana, la extiende a las sentencias absolutorias. Al respecto, GÓMEZ ORBANEJA señala que si se autorizase la revisión de las sentencias absolutorias por los mismos motivos que procede en caso de condena, la institución de la cosa juzgada desaparecería del campo penal; que, llegado un determinado momento, lo declarado en la sentencia valga para el futuro inderogablemente, con independencia de su verdad, es una necesidad empírica, exigida por la seguridad jurídica, y que no puede desconocerse sin inconvenientes mayores de los que puedan resultar de su realización [225]. En esta misma

[224] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 564.

[225] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 317.

línea CORTÉS DOMÍNGUEZ explica que permitir la revisión de las absoluciones sumirían a la Administración de Justicia en un enorme descrédito propiciando una inseguridad en sí mismo injusta, no siendo comparable el daño que sufre la sociedad al condenar a alguien inocente, máxime si es una situación irreversible, que el que puede sufrir observando cómo personas culpables han obtenido sentencias absolutorias [226]. CLARIÁ OLMEDO, frente al cargo de posible desigualdad por permitir sólo la revisión de las condenas penales, responde que ello resulta como consecuencia de la aplicación del principio *non bis in idem* y de la prohibición de la *reformatio in peius* [227]. Resulta, al respecto, muy fuerte el argumento de la prohibición de la persecución penal múltiple, consagrada en el art. 8.4 de la CADH, en cuya virtud "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos".

No obstante lo expuesto, siguiendo a TOMÉ GARCÍA, no es del caso rechazar de plano la revisión contra el reo. Es posible, a semejanza de la Ordenanza Procesal Penal alemana, aceptarla en determinados supuestos, únicamente *ex capiti falsi*, por falsedad documental relevante para la resolución, a causa de una testimonial o informe pericial falso o a causa de prevaricación o cohecho de los jueces. Aceptarla en todos los supuestos en que procede contra las sentencias condenatorias, supondría eso sí la desaparición de la cosa juzgada y, en consecuencia, una situación de inseguridad jurídica inadmisible y, por supuesto, en sí misma injusta [228].

En cuanto a la sentencia condenatoria, la revisión versa sobre la cuestión penal, sin perjuicio de que el éxito de la revisión comprenda también la cuestión civil resuelta en aquélla. Al respecto, el art. 361º del Código de 1940 enfatiza que la sentencia revisable es aquella que emane de cualquiera sea la jurisdicción que haya juzgado o la pena que haya sido impuesta (el Código de Justicia Militar radicó en el Consejo Supremo de Justicia Militar el conocimiento de las revisiones de sentencias condenatorias impuestas por el Fuero Militar). La meta de la revisión, como apunta Ernst BELING, es la anulación de una condena en sí, en la modificación del *titulus condemnationis* [229]. Por otro lado, la reparación

[226] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 693.

[227] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 552.

[228] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 590.

[229] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 325.

civil, como postula MANZINI, no puede ser objeto de revisión independiente cuando fue pronunciada por el juez del proceso penal. Se ataca la condena en su totalidad, no hay revisión parcial, por ejemplo la eliminación de una circunstancia calificante [230].

IV. MOTIVOS DE REVISIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Ambos Códigos asumen un sistema de *numerus clausus*. Están excluidos los vicios *in procedendo* de los fallos y los vicios *in iudicando de iure*. En este último caso, el Proyecto de 1995, siguiendo el modelo germano, incluyó un supuesto *in iudicando de iure* en el art. 408º.6: "Si correspondiere aplicar retroactivamente una ley penal que ha dejado de considerar como delito un hecho que antes lo era, o cuando una norma en la que se hubiera basado la sentencia, hubiera sido declarada nula por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema". De igual manera, el art. 363º.6 del Código de 1991 precisa que procede la revisión "si correspondiere aplicar retroactivamente una ley penal que ha dejado de considerar como delito un hecho que antes lo era"; igualmente, el inc. 3 de dicha norma, que sustenta la revisión en la vulneración de un motivo de extinción de la acción penal, como es la prescripción.

Los motivos de revisión pueden agruparse en dos rubros: **a**) revisión "*propter falsa*" o "*ex capite falsi*", es decir, por hechos falsos, o sea en virtud de conductas antijurídicas que hayan podido influir causalmente, directa o indirectamente, en la resolución, falseando su premisa de hecho; y, **b**) revisión "*propter nova*" o "*ex capite novorum*", esto es, por hechos nuevos, o sea por cualquier hecho o medio de prueba que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo, bastando que el hecho no haya figurado en la causa y, por tanto, que no haya sido tenido en cuenta por el juzgador [231]. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que no procede la revisión fundada en las mismas pruebas actua-

---

[230] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 555.

[231] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 315-316.

das en la instrucción alegando que el delito sólo pudo ser cometido por uno y se condenó a dos en el mismo fallo [232].

2. PRIMER MOTIVO

Es el caso de la *supervivencia de la víctima en un homicidio*, o sea de una sentencia fundada en la muerte de una persona que no ha fallecido. Ello significa que se castigó penalmente por un delito inexistente. Está contemplado en el art. 361º.1 del Código de 1940. Se trata de un supuesto bastante excepcional, lo que podría explicar que no está considerado en el Código de 1991. Los presupuestos de este motivo son: **1)** El hecho de la desaparición de la víctima, lo que vino a determinar en su día la declaración de la condena. **2)** La existencia de la presunta víctima después de cometido el hecho que motivó la condena. **3)** El homicidio a que se refiere la ley debe ser en grado de consumación. **4)** Aun cuando la ley no lo diga, el tipo penal no necesariamente debe ser homicidio, doloso o culposo, sino que se extiende a todas aquellas figuras penales que tengan como resultado la muerte de una persona.

3. SEGUNDO MOTIVO

Es el caso de *sentencias contradictorias*. Está contemplado en los arts. 361º.3 del Código de 1940 y 363º.1 del Código de 1991. Lo que está en el centro de la discusión de este motivo, según explica ESCUSOL BARRA, es la contradicción nacida de un mismo hecho por el que fueron indebidamente condenadas por sentencias firmes dos o más personas, siendo así que el delito sólo pudo haber sido cometido por una sola de ellas. Por lo tanto, es el *hecho concreto* el que importa y el que hay que colocar en el centro del análisis de las pruebas nuevas, hasta entonces desconocidas, que puedan evidenciar que se produjeron condenas a personas distintas cuando tal *hecho penal* sólo pudo haber sido cometido por una sola [233].

---

[232] Ejecutoria suprema de 5 de enero de 1928 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 328-331).

[233] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 720.

4. TERCER MOTIVO

Es el caso de *condena por falsedad.* Este motivo está previsto en el art. 361º.2 del Código de 1940, que lo circunscribe a la declaración decisiva de un testigo, condenado después como falso en un juicio criminal. El inc. 2 del art. 363º del Código de 1991 es más amplio, pues comprende todo elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, que carece de valor probatorio por ser inválido, adulterado o falso.

Esta causal se refiere, por tanto, a aquellos supuestos en los que la sentencia de condena se obtuvo como consecuencia de la comisión de un delito –falso testimonio en el primer caso, y falsedad de documento en el segundo caso–, pero la procedencia del motivo está condicionada a que exista un fallo judicial que declare la existencia del delito o delitos en mención: es el hecho jurídico determinante de la revisión. No hace falta, apunta GÓMEZ ORBANEJA, que el falso testimonio haya sido la única prueba de la culpabilidad, basta con que la prueba declarada falsa haya concurrido causalmente [234]. El hecho punible en cuestión, aclara Miguel FENECH, debe haber servido de base a la declaración de hechos probados en la sentencia cuya revisión se pretende [235].

5. CUARTO MOTIVO

Es el caso de *conocimiento de nuevos hechos.* El inc. 5 del art. 361º del Código de 1940 precisa que este motivo de revisión se presenta cuando se acrediten *hechos por medio de pruebas* no conocidas en el juicio, que sean capaces de establecer la inocencia del condenado. En cambio, el inc. 4 del art. 363º del Código de 1991 tiene una concepción más amplia acorde con los Códigos modernos, pues hace mención, independientemente, a los hechos y a los elementos de prueba, aunque siguiendo a Giovanni LEONE, es de decir que no hay ninguna diferencia entre "hechos nuevos" y "nuevos elementos de prueba" y que, en todo caso, lo que es necesario es que hayan surgido *nuevos elementos de valoración* cualquiera que sea la fuente de donde provengan [236].

---

[234] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 320.

[235] FENECH: *Derecho procesal penal,* cit., Vol. II, p. 568.

[236] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. III, pp. 268-269.

GÓMEZ COLOMER explica que este motivo es el más alegado y significa que los hechos o medios de prueba que fundan la revisión tienen que haber sobrevenido o haberse revelado después de la sentencia de condena, siendo como consecuencia de ello evidente la inocencia del condenado, constituyendo el ejemplo típico el retractamiento de un testigo [237]. La novedad del elemento de valoración, aclara LEONE, debe referirse al momento de su efectiva adquisición procesal, no al momento cuando surge (*noviter reperta*) o de la posibilidad de adquirirlo [238]. Es de acotar, finalmente, que esos nuevos elementos probatorios, solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento que dio lugar a la sentencia cuestionada, hagan evidente que el hecho no existe o que el condenado no lo ha cometido.

6. OTROS MOTIVOS

1. El inc. 4 del art. 361º del Código de 1940, a semejanza del art. 544º del Código italiano anterior, incorpora como otro motivo de revisión la *inconciliabilidad de cosas juzgadas*. El Código de 1991 no reconoce este motivo como supuesto independiente, tal vez considerando –a la par que la jurisprudencia española (Sentencia de 18 de octubre de 1982)– que puede reconducirse al motivo anterior, de "nuevos hechos o pruebas" [239].

Dice el texto de la ley nacional que procede la revisión "...cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada". Los requisitos de este motivo, siguiendo a Giovanni LEONE [240], son: **1)** Que no es necesario que la segunda sentencia sea de condena, pero debe ser irrevocable y, obviamente, referida a una imputación de delito; **2)** Que lo que cuenta entre las dos sentencias, digamos la primera y la segunda, no es la correlación en el tiempo, sino la imposibilidad de hacer que coexistan dos sentencias penales que tienen por fundamento determinados hechos inconciliables entre sí; **3)** Que es suficiente que la inconciliabilidad se presente entre la reconstrucción de los he-

---

[237] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 476.

[238] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 269.

[239] GÓMEZ COLOMER en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 476.

[240] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 264-265.

chos sentados en una sentencia y la reconstrucción de los hechos fijados en la otra sentencia: la una no puede estar en presencia de la otra.

2. El inc. 7 del art. 363º del Código de 1991 admite la revisión contra el reo. Precisa que la revisión procede "si la sentencia absolutoria ha sido expedida bajo coacción o amenaza invencible o incurriendo en conducta delictuosa". Obviamente, siguiendo las pautas de motivos anteriores, para su procedencia se requerirá que exista un fallo judicial que acredite la existencia de los delitos determinantes de la revisión –contra la libertad individual, cohecho, prevaricato– y que éstos sean causales a la absolución impuesta al imputado.

V. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

La demanda de revisión se presenta ante la Corte Suprema (el Código de 1940 prescribe que se presenta ante el pleno jurisdiccional, mientras que el Código de 1991 dispone que se presenta ante la Sala Penal Suprema). Como toda demanda debe contener la referencia precisa y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales pertinentes. Igualmente, debe acompañarse la prueba que el caso requiera, o los documentos que acrediten el hecho en que se funda. El art. 365º del Código de 1940 introduce un efecto inmediato a la revisión: la suspensión de la ejecución de la sentencia, si no ha sido ejecutada, siempre que la demanda fuera interpuesta por un Vocal (según las pautas derivadas de la vigencia de la LOMP, debe entenderse esta referencia al Fiscal Supremo).

El Código de 1940 no contempla ante el Supremo Tribunal una fase de instrucción: las pruebas deben ser presentadas por el demandante. En cambio, el Código de 1991, en su art. 366º, sólo autoriza a pedir el expediente cuya sentencia motiva la revisión; y, en su art. 367º, permite al Fiscal Supremo realizar actos de investigación circunscritos a las verificaciones que estime conveniente.

Por imperio del art. 82º.1 de la LOMP si la revisión no ha sido interpuesta por el Fiscal Supremo, deberá emitir dictamen y, en su caso, proponer la indemnización que corresponda a la víctima del error judicial o a sus herederos. Regresados los autos con el dictamen fiscal, el art. 364º del Código de 1940 ordena que la Corte Suprema en Pleno Jurisdiccional nombre dos Vocales para que emitan una ponencia sobre el

contenido de la demanda de revisión, quienes luego están obligados a concurrir a las sesiones para brindar las explicaciones que correspondan, pero están liberados de votar.

La sustanciación impuesta por el Código de 1991 es diferente, no sólo porque quien resuelve es la Sala Penal Suprema y el Fiscal Supremo tiene potestades instructoras, sino porque la revisión se ve en audiencia pública, a la que debe citarse al abogado defensor del condenado en tanto haya solicitado el uso de la palabra. El plazo para emitir sentencia es de 8 días hábiles.

El proceso de revisión, como aclara CORTÉS DOMÍNGUEZ [241], supone en todos los casos un *iudicium rescindens*, es decir, un juicio en el que se va a decidir si la sentencia firme y condenatoria se rescinde o no por alguno de los motivos que están reconocidos en la ley. El verbo *anular* señalado en el art. 364º del Código de 1940 debe entenderse por rescindir. Lo que se pide es la rescisión y lo que se consigue en su caso igualmente es la rescisión.

No hay ningún problema práctico si la sentencia de la Corte Suprema desestima la revisión interpuesta. Dicha sentencia, sin duda alguna, cierra el proceso de revisión y ratifica la firmeza del fallo cuestionado. Ello no obsta, como aclara el art. 369º del Código de 1991, que sea posible interponer otra revisión, "...siempre que se fundamente en otros hechos o pruebas".

Si se ampara el motivo de la revisión, el Código de 1940 dispone la rescisión de la sentencia y la derivación de todo lo actuado al tribunal competente para que realice el *iudicium rescissorium*. En cambio, el Código de 1991 obliga a la Corte Suprema a dictar el fallo rescisorio, absolviendo al imputado, restituyendo los pagos que efectuó por concepto de reparación civil e imponiendo la indemnización que corresponda por el error judicial. No obstante lo expuesto, es del caso destacar lo escueto de las normas procesales en materia de revisión, lo que obliga al intérprete, siguiendo el derecho comparado, a articular determinadas opciones en relación al juicio rescisorio.

No obstante lo expuesto y frente al vacío legislativo, es del caso tener presente lo siguiente: **1.** Que el segundo juicio a que hace referen-

[241] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 699.

cia el Código de 1940 no se produce en los supuestos de supervivencia de la víctima en un homicidio (la absolución debe dictarla la propia Corte Suprema), salvo que lo que se castigó fue una conducta típica agravada por el resultado muerte, en cuyo caso sería necesario la tramitación de un juicio en el que se decida si cabe o no imponer pena cuando aquellos hechos ciertos no conllevan tal resultado. **2.** Que, igualmente, en el caso del motivo de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba, el nuevo proceso sólo procederá para establecer la persona que realmente cometió los hechos criminosos, correspondiendo a la Corte Suprema absolver de plano al condenado injustamente. **3.** Que, por otro lado, en el caso de los motivos referidos a la contradictoriedad de sentencias y a la condena por falsedad, resulta imperativo enjuiciar nuevamente a quienes resultaron favorecidos con la revisión amparada por el Tribunal Supremo, pues su existencia no evita que posteriormente quepa una nueva condena. **4.** Que en el supuesto de contradictoriedad de sentencias el nuevo juicio se dirigirá contra las personas que hayan sido condenadas por la realización de unos únicos hechos, y el objeto de ese juicio será la determinación de cuál de ellos fue el autor de los mismos. 5. Que, por último, en el motivo de duplicación de sentencias, corresponde a la Corte Suprema, como apunta GÓMEZ COLOMER siguiendo la legislación española, anular la sentencia que se considere injusta o se dictará otra [242].

Es de tener presente, como señala TOMÉ GARCÍA, que cuando corresponda, por imperativo de las circunstancias, realizar un juicio por otro tribunal (competente según las reglas de competencia), este juicio rescisorio se acomodará al procedimiento correspondiente de la instancia y concluirá por sentencia que producirá, sin perjuicio de los efectos que toda sentencia dictada en un proceso produce, ciertos efectos especiales, que varían según que el contenido de la misma sea condenatoria o absolutoria [243]. Si la sentencia es condenatoria, por fuerza, debe tenerse presente la pena impuesta en la sentencia rescindida; en cambio, si la sentencia es absolutoria, debe ordenarse la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación civil, así como la indemnización que corresponda por error judicial (art. 368º del Código de 1991).

---

[242] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 478.

[243] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 597.

VI. MOTIVO DE REVISIÓN POR DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. ASPECTOS GENERALES

Siguiendo la relación de motivos de revisión consignada por GÓMEZ COLOMER, el art. 40º de la LOTC, Ley Nº 26435, de 10 de enero de 1995, introduce una nueva causal, obviamente especial, de rescisión de una sentencia firme de condena: la declaración de inconstitucionalidad de la ley penal material [244]. Esta causal incluye, dice ROXIN, aquel supuesto que se presenta cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una determinada interpretación de la ley penal acordada por la justicia penal ordinaria [245]; ello es así porque una declaración jurisdiccional de ese calibre exige entender que si una interpretación de un precepto sancionador vulnera la Constitución y así es declarado por el máximo interprete de la Ley Fundamental, tal decisión no puede subsistir. Con ello se obtiene un nuevo juicio a fin de que se reduzca la pena, se la excluya o se limite la responsabilidad penal de un condenado. Otros autores, entre ellos CALDERÓN y CHOCLÁN [246], si bien consideran que la declaración de inconstitucionalidad de una ley penal da lugar a la rescisión de una sentencia condenatoria firme, tal decisión del Tribunal Constitucional se canaliza a través del motivo de "nuevos hechos" (art. 361º.5 CPP) que es un concepto indeterminado, que permite entender como tal una sentencia constitucional.

Es de reiterar que si bien el art. 364º CPP menciona el vocablo "*nulidad*" como efecto de la revisión, siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ, es evidente que no se está ante una nulidad cuando se revisa la sentencia, "...puesto que ésta, además de firme (lo que implica imposibilidad jurídica de pedir y obtener la anulación, al haber perecido la posibilidad de hacerlo), es una sentencia perfectamente válida y eficaz aunque injusta. Lo que se pide, pues, es la rescisión y lo que se consigue en su caso igualmente es la rescisión" [247].

---

[244] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. III *(Proceso penal)*, pp. 392-393.

[245] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 494.

[246] CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 634.

[247] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 699.

Se discute en la doctrina procesalista si es posible considerar "hecho nuevo" el cambio de doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de normas penales. En España, por ejemplo, como explica CONDE-PUMPIDO, luego de aceptarse tal posibilidad (STS de 3 de febrero de 1998 en armonía con la STC Nº 150/97, de 29 de setiembre de 1997), en tanto se consideró que el cambio jurisprudencial es un hecho y éste puede determinar la inocencia del condenado, dado que el hecho que fundamentó la condena ya no se considera alcanzado por el texto de la Ley. Posteriormente, el Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo, por Acuerdo de 20 de abril de 1999, la rechazó, lo que fue seguido en varias decisiones ulteriores, entre ellas las SSTS de 8 de febrero de 2000 y 10 de octubre de 2001, que consideraron que ello implicaba una interpretación excesivamente extensiva de un recurso legalmente concebido como extraordinario [248]. Igual negativa, pero más contundente, se presenta en el Derecho procesal penal alemán [249].

Otro punto de discusión es si un fallo de un Tribunal Internacional puede ser una causal de rescisión de una sentencia condenatoria firme. En Europa –en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– la posición es negativa por completo, pero en nuestro país, a raíz de lo dispuesto en la propia Convención Americana de Derechos Humanos y, específicamente, en la Ley Nº 27775, de 7 de julio de 2002, las sentencias de los Tribunales Internacionales constituidos por tratados que han sido ratificados por el Perú se ejecutan en sus propios términos y, tratándose de resoluciones judiciales, según el art. 4º *in fine*, se adoptarán las disposiciones pertinentes para la restitución de las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se produzca la violación declarada por medio de la sentencia, lo que significa la rescisión de la sentencia firme.

Es evidente que tanto las decisiones del Tribunal Constitucional como, entre nosotros, las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben referirse a leyes penales materiales, en cuanto que el proceso de revisión apunta a los "hechos nuevos" capaces de establecer la inocencia del condenado. No obstante ello, será posible la revisión por

---

[248] GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 7, pp. 433-437.

[249] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 475.

esta causal si se trata de la declaración de inconstitucionalidad de una norma procesal en materia de prueba que haya, efectivamente, imposibilitado al condenado sustentar razonablemente una pretensión de inocencia. En los demás casos, vale decir, cuando se afectan ilegítimamente derechos procesales constitucionales, como sabemos, la acción de Hábeas Corpus será la idónea para lograr, por esa vía de Derecho procesal constitucional, la anulación del proceso penal (el fallo constitucional en su parte dispositiva dicta una *iudicium rescidens* y determina que el juez penal ordinario competente realice el *iudicium rescissorium* pertinente) y, consecuentemente, de la sentencia lesiva al derecho fundamental, lo que es práctica corriente en nuestro medio a tenor de los numerosos fallos dictados por el Tribunal Constitucional en estos casos.

2. PROCEDIMIENTO

La declaración de inconstitucionalidad de una norma de Derecho penal en un proceso de inconstitucionalidad seguido, por imperio del art. 202º.1 de la Constitución, ante el Tribunal Constitucional, no importa la automática anulación de los procesos penales en los que dictaron sentencias condenatorias basadas en una ley penal inconstitucional (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2002, párr. 230). El art. 40º LOTC sólo permite revivir procesos fenecidos en tanto implican una favorabilidad al reo, pero no autoriza al Tribunal Constitucional a anularlos directamente, pues con tal finalidad habrá de seguirse un procedimiento distinto.

En sede penal, desde luego, la vía para rescindir una condena firme es la acción de revisión (otra posibilidad es, como se ha dicho, la vía de la acción de garantía cuando se refiere a la vulneración de derechos procesales constitucionalizados). Ello exigirá una demanda de revisión, a la que se acompañará como única prueba que acredita el "hecho nuevo" la sentencia del Tribunal Constitucional. Sobre esa base, se seguirá el procedimiento previsto en el art. 364º CPP y, de existir concordancia entre la condena y la declaración de inconstitucionalidad, se emitirá sentencia rescindiendo la condena (*iudicium rescidens*) y derivando el proceso al tribunal competente para la renovación del mismo (*iudicium rescissorium*). Ahora bien, es obvio que, en determinados supuestos, la propia Corte Suprema puede acordar el *juicio rescisorio* declarando la inocencia del imputado, lo que se presentaría cuando la declaratoria de

inconstitucionalidad de una ley penal material traiga consigo la total atipicidad de una determinada conducta, no siendo del caso cuando se declara inconstitucional un tipo penal pero otro es aplicable al desaparecer el primero, que ha sido precisamente el supuesto de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas contra la legislación sobre delitos de terrorismo especial y de terrorismo [250].

En este último supuesto el juicio rescisorio debe hacerlo el órgano jurisdiccional correspondiente, pero no el Supremo Tribunal.

3. PROCEDIMIENTO ESPECIAL

1. Con motivo de la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos Nº 895 y 897, en cuya virtud el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el tipo penal de terrorismo agravado (adicionalmente declaró inconstitucional el procedimiento penal para delitos de terrorismo agravado), y visto el número de personas comprendidas en esos fallos y de los procesos comprometidos, el Congreso mediante la Ley Nº 27569, de 2 de diciembre de 2001, optó por disponer de oficio la realización de nuevos juicios ante la justicia penal ordinaria bajo el procedimiento ordinario-común. Esto significó que correspondía a la ley, ante la decisión del Tribunal Constitucional, la realización de pleno derecho del *juicio rescindente* y dispuso adicionalmente que se realicen nuevos procesos bajo dos presupuestos: **a)** ante la justicia penal ordinaria; y, **b)** por la vía procesal del procedimiento penal ordinario-común. Implícitamente entendió que la declaración de inconstitucionalidad de un tipo penal no importaba la absolución de los imputados, en tanto que existían tipos penales preexistentes bajo los que debía seguirse la causa: la conducta cometida no era atípica y, en todo caso, debía juzgarse con arreglo a una ley penal preexistente.

2. El problema inicial que presentan casos como el referido líneas arriba está relacionado con la posible vulneración del *ne bis in idem* (art. 139º.13 Const.). El Tribunal Constitucional, en el Asunto "Marcelino

---

[250] *Vid.* STC Nº 005-2001-AI/TC, Asunto "Defensoría del Pueblo c/. Decreto Legislativo Nº 895 y otros", de 15 de noviembre de 2001; y STC Nº 010-2002-AI/TC, Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros c/. Legislación sobre terrorismo, Decreto Ley Nº 25475 y otros", de 3 de enero de 2003.

Tineo Silva y otros", ya fijó posición al respecto. Declaró en esa ocasión que si los supuestos prohibidos por la norma declarada inconstitucional se encuentran regulados en una ley vigente anterior, procede el nuevo enjuiciamiento (párr. 230).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Asunto "Castillo Petruzzi y otros" (SCIDH, de 30 de mayo de 1999), adoptó una tesis puntual, aunque no necesariamente implicante con lo anteriormente expuesto. En efecto, la CIDH no sólo declaró que el tipo penal de traición a la patria viola el principio de legalidad penal del art. 9º de la Convención, también decidió que –en vista de la afectación concurrente de varios derechos procesales reconocidos en la Convención– los imputados fueran objeto de un nuevo proceso penal. En los párrafos 219 a 221 de dicha sentencia la CIDH señaló, de un lado, que si los actos procesales de una sentencia están afectados por vicios graves que vulneran las exigencias mínimas del "debido proceso legal" (vulneración del juez legal, del juez imparcial, del derecho de asistencia letrada, derecho a la contraprueba), el proceso es nulo y la propia sentencia, de suerte que deben repetirse las actuaciones procesales; y, de otro lado, que si un tribunal aplica inexactamente la ley en su sentencia, o aprecia erróneamente las pruebas, o no motiva o funda adecuadamente la resolución que emite, en esos casos la sentencia es válida y puede adquirir firmeza, aunque pudiera ser injusta o incorrecta, en tanto tiene sustento en actos válidos, realizados conforme a derecho.

Parecería ser que, a tenor de dicha sentencia, si el proceso se actuó con las debidas garantías, es decir, no se vulneraron derechos procesales constitucionalizados, y sólo se atentó contra derechos constitucionales materiales (principio de legalidad penal, entre otros), la sentencia emitida tendría plena validez. Empero, es de acotar que si una ley penal es inconstitucional o vulnera derechos materiales reconocidos en un Tratado de Derechos Humanos, así declarada ulteriormente por un Tribunal Superior, interno o internacional, se está ante la rescisión, que es una institución distinta a la nulidad pero con similares efectos. En consecuencia, una sentencia que aplica una ley que niega el ordenamiento jurídico no puede tener sustento alguno, su manifiesta injusticia autoriza su revisión en sede penal y, en su caso, a la renovación del proceso. En este supuesto, igualmente, el nuevo proceso no vulnera el *ne bis in idem*, dado que además se incoa en beneficio del reo y limitando el poder punitivo y coercitivo del Estado en aras del respeto a los derechos fundamentales de la persona.

3. Un caso similar, aunque más complejo, se siguió con motivo de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo. Tres son los principales problemas abordados y resueltos por el Decreto Legislativo Nº 922, de 12 de febrero de 2003, que tienen que ver con: (a) la posibilidad de anular de oficio los juicios penales y los márgenes de la anulación; (b) la prisión preventiva y la excarcelación por vencimiento del plazo; y (c) la validez de los actos de prueba.

a) La Sentencia en cuestión, en los párrs. 229 y 230, moduló los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad –*vacatio sententiae*–, encargando al legislador para que en un plazo breve y razonable dé "*...un cauce procesal que permite una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria*", haciendo hincapié en la formulación de un mecanismo de anulación rogado. Empero, el Decreto Legislativo Nº 922 optó por una anulación obligatoria y de oficio, similar al modelo previsto en un caso similar por la Ley Nº 27569, garantizando de este modo la vigencia del principio de continencia de la causa, cuando existen factores de conexión de imposible desestimación y que en su momento dieron lugar a un solo proceso. La doctrina constitucional entiende que en los casos en que una sentencia del Tribunal Constitucional, al no solucionar inmediatamente la invalidez de la ley, llama a la colaboración del legislador, éste dentro de las facultades constitucionales que tiene –traducidas en el necesario margen de autonomía para aprobar las normas legales–, y respetando el núcleo fundamental de la decisión del Tribunal Constitucional –concretada en introducir obligatoriamente un mecanismo de rescisión de las sentencias dimanantes de un proceso y de una ley inconstitucional que garantice una adecuada tutela jurisdiccional–, puede optar por la solución que considere más adecuada. Por otro lado, visto que se trata de una rescisión a favor del imputado, la rescisión sólo alcanza a quienes han sido condenados o tienen acusación pendiente.

Un caso distinto es el del Decreto Legislativo Nº 926, de 20 de febrero de 2003, que dispone la anulación de los procesos por delito de terrorismo seguidos ante la jurisdicción penal ordinaria y tramitados por jueces y fiscales con identidad secreta y por aplicación de la prohibición de recusación. Se trata de la vulneración de derechos procesales constitucionalizados y protegidos además por la Convención Americana de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional declaró inconsti-

tucional la prohibición de recusación (STC, Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2003, párrs. 112-113) y la Corte Interamericana estimó que los procesos seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta vulneran la imparcialidad judicial y el derecho de recusación (SCIDH, Asunto "Cantoral Benavides", de 18 de agosto de 2000, párrs. 127-128; SCIDH, Asunto "Castillo Petruzzi y otros", de 30 de junio de 1999, párrs. 132-134). Aquí no estamos ante la vulneración del principio de legalidad penal u otro que ilegitime un tipo penal en concreto, propio de la revisión especial, sino ante una anulación por vicios procesales graves que restan eficacia a un proceso y a la sentencia que emana de él.

b) El tema de la prisión preventiva es el más conflictivo. La sentencia recaída en el Asunto "Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2002, estableció en la parte resolutiva que la declaración de inconstitucionalidad "*...no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales...*". En consecuencia, es claro que corresponde al Juez ordinario decidir lo conveniente para reiniciar el proceso penal, procediendo conforme al art. 77º del CPP de 1940 y los numerales 135º y 143º del CPP de 1991.

Es de precisar que la Corte Interamericana en el Asunto "Castillo Petruzzi y otros" (SCIDH, de 30 de mayo de 1999, párr. 221), luego de establecer que corresponde al Estado llevar a cabo –en un plazo razonable– un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, consideró no pronunciarse sobre el pedido de libertad formulado por los imputados, "*...porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente*". En tal virtud, la excarcelación será decidida por el Juez Penal competente del nuevo proceso, siendo obvio que durante el lapso que transcurra entre la anulación del proceso penal seguido en sede militar y la decisión sobre la iniciación del proceso en la jurisdicción penal ordinaria el imputado debe permanecer detenido pero a disposición del Fiscal y, en su caso, del Juez Penal. A este respecto, el Tribunal Constitucional en el Asunto "Luis Alberto Cruz Cortina" [251] estableció que la nulidad del proceso como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo sustentaba no implica la automática libertad del

[251] Exp. Nº 1093-2002-HC/TC (*El Peruano*, 14 de agosto de 2002, pp. 5223-5224).

imputado (como consecuencia de ese fallo el detenido no adquiere un derecho a la libertad inmediata), sino corresponde a la jurisdicción penal ordinaria determinar su situación jurídica con irrestricto respeto al derecho al debido proceso.

En cuanto al plazo de la prisión preventiva, la Ley Nº 27553, de 12 de noviembre de 2001, estableció en el cuarto párrafo, que declarada la nulidad del proceso en sede militar, "...el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención", lo que ha sido expresamente aprobado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias recaídas en acciones de Hábeas Corpus. Casualmente, en el Asunto "Castillo Petruzzi y otros" (STC de 12 de noviembre de 2001) [252], el Tribunal Constitucional, si bien reconoce que el imputado sufrió privación de libertad muchos años, señala que la encarcelación se produjo en virtud de una condena, y no en cumplimiento de una medida provisional penal de prisión preventiva, supuesto básico para invocar la libertad por exceso de detención (párr. 2); agrega que el mandato de detención dictado en el nuevo proceso no ha sido cuestionado, y es del caso considerar que el órgano judicial tiene derecho a un plazo razonable para administrar justicia, amén de que el nuevo proceso es un reconocimiento del hecho que el anterior proceso fue irregular, reconocimiento que lo beneficia, pero que implica a su vez, en contrapartida, el respeto de los procedimientos a los que resulta sometido, entre ellos a los plazos relacionados con las medidas preventivas y de seguridad (párr. 3).

c) Finalmente, la Sentencia y el Decreto Legislativo Nº 922 fijan un criterio fundamental en materia de derecho probatorio y su relación con la rescisión o anulación de un proceso penal. El Tribunal Constitucional en el Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros" declaró, en primer lugar, que no tienen porqué entenderse sin valor e inutilizables en el nuevo proceso determinadas pruebas, pues la presencia de un vicio de competencia objetiva no las afecta de manera automática (párr. 160); y, en segundo lugar, que está fuera de discusión la validez de las denominadas "fuentes de prueba", siempre y cuando se hayan obtenido con estricto respeto de los derechos fundamentales (párr. 162). Dicho Tribunal, anteriormente, en el Asunto "Pedro Eleazar Miranda Villamonte"

---

[252] Exp. Nº 1170-2001-HC/TC, de 8 de marzo de 2002 (*Jurisprudencia Constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, T. I, pp. 432-434).

(STC de 21 de junio de 2002) [253] estableció no sólo que la nulidad del proceso seguido ante la justicia militar "*...no puede entenderse como nulidad absoluta de los contenidos de cada pieza procesal actuada durante tal proceso, pues una cosa es que la declaración de nulidad procesal surta efectos en lo relativo a la estructuración o tramitación de un proceso, que, por tanto, necesariamente requiere rehacerse, y otra, que las instrumentales o medios probatorios resulten por sí mismos afectados de nulidad*"; además, precisó que el Atestado, aun actuado con la presencia de un Fiscal Militar, no tiene porqué seguir la misma suerte, puesto que como elemento de investigación debe confrontarse con los demás medios probatorios que se estimen necesarios.

Lo expuesto permite entender, en primer lugar, la diferencia –ya afirmada desde CARNELUTTI– entre fuentes de prueba y medios de prueba, la primera como realidad extraprocesal, anterior al proceso mismo y, por ende, independiente de las incidencias del proceso; y, en segundo lugar, la noción de prueba preconstituida, que es una expresión recogida de BENTHAM, que comprende los documentos o instrumentos propiamente dichos y las diligencias objetivas e irreproducibles actuadas en la fase preprocesal (informes periciales, acta de incautación, croquis, fotografías, filmaciones, inspección técnico policial, allanamiento, etc.), siempre que en su obtención no se hayan vulnerado los derechos fundamentales. Con ese límite debe interpretarse el art. 8º del Decreto Legislativo Nº 922, aun cuando es de discrepar que se confiera esa condición a los actos de investigación personales como serían las manifestaciones policiales, salvo que se les dé sólo el carácter de "*documento narrativo*", en expresión de MORENO CATENA, y siempre que la persona en cuestión haya declarado en juicio oral y haya optado por una variación de su postura inicial [254].

[253] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0785-HC.html.

[254] MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. II, pp. 842-843.

CAPÍTULO XXXV
RECURSO DE QUEJA Y RECURSOS FISCALES

SUMARIO: I. Recurso de queja: 1. Recurso de queja ordinario. 2. Recurso de queja excepcional. 3. Otras modalidades de queja jurisdiccional. II. Recursos fiscales. III. La consulta.

I. RECURSO DE QUEJA

1. RECURSO DE QUEJA ORDINARIO

La queja es un medio de impugnación de los autos emitidos por los Juzgados y Salas Superiores que deniegan la apelación, la casación o el recurso de nulidad. Señala ALZAMORA VALDEZ que la queja "...constituye el verdadero sustento de la apelación, porque si aquélla no existiera esta última quedaría librada al arbitrio del juez de cuya resolución se pretende reclamar mediante la alzada, que no siempre es favorable a este recurso" (255).

Se trata, al decir de Juan Pedro COLERIO, de un recurso muy especial, pues mientras los demás tienden a revocar la resolución impugnada por errores *in iudicando* o *in procedendo*, la queja apunta a obtener la admisibilidad de otro recurso denegado, pues por sí misma carece de idoneidad para introducir variantes en lo que constituye la decisión ya existente; apunta, en suma, a que el superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad del inferior se ha ajustado o no a

(255) ALZAMORA VALDEZ: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 274.

derecho [256]. Existe este recurso en tanto, en nuestro sistema procesal, la impugnación se interpone ante el inferior.

La queja, apunta ORTELLS RAMOS, es un recurso devolutivo ordinario, que no sólo se resuelve por un órgano jurisdiccional de grado superior, sino que también se interpone directamente ante ese órgano [257]. La queja en el procedimiento penal pasa por pedir copias de lo actuado al juez que desestimó el recurso y con ellas, que son elevadas por el propio órgano jurisdiccional, se absuelve el grado. El Código de Procedimientos Civiles anterior, en su art. 1115º, estipulaba, al seguir ese modelo, que si el juez negaba la expedición de copias, el recurrente podía ocurrir en queja al Superior en grado sin copias, denunciando dicha negativa [258]. Por lo demás, en aras de efectivizar el recurso es imperativo que en ordenamientos como el nuestro se entienda que el inferior no puede negar la expedición de copias bajo ningún concepto. Así, explica Enrique VÉSCOVI, no podría decir que no entrega copias porque la apelación se introdujo fuera del plazo, etc. [259].

El Código Procesal Civil, siguiendo tendencias más modernas, cambió la sustanciación del mismo evitando los problemas arriba enunciados, pues la queja se interpone directamente ante el Superior del que denegó la impugnación con copia simple del escrito que motivó la resolución denegatoria, de la resolución recurrida, del escrito de impugnación y del inadmisorio (arts. 402º y 403º).

El objetivo del recurso de queja, según HINOJOSA SEGOVIA, es que el órgano judicial *ad quem* resuelva sobre la procedencia de la admisibilidad de un recurso inadmitido por el órgano judicial *a quo* [260]. El art. 401º del Código Procesal Civil amplía su objeto al tornarlo procedente

---

[256] COLERIO, Juan Pedro: "Recurso de queja por apelación denegada", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, p. 108.

[257] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 424.

[258] A este respecto, la jurisprudencia suprema (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 773) señaló que la queja sin copias sólo es procedente por denegatoria de su expedición.

[259] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 190.

[260] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 565.

te también "...contra la resolución que concede apelación efecto distinto al solicitado". Es de hacer notar que la queja no produce efecto suspensivo.

El Código de 1940 sólo reguló la queja por denegatoria del recurso de nulidad (art. 297º), pero la jurisprudencia la extendió, aplicando supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles, al recurso de apelación [261]. Sobre esa base, y en función al citado art. 297º, estableció que el procedimiento recursal consiste en que, una vez notificada la resolución que declara inadmisible el recurso, el recurrente solicitará dentro del plazo de 24 horas copias de lo actuado al Juez *a quo*, quien ordenará la expedición gratuita de las mismas y las que crea necesarias, si el recurso se interpuso en el plazo debido, elevando el cuaderno a la Corte Suprema, la que resolverá previa vista fiscal. En rigor, fuera de la vista fiscal, no procede ninguna sustanciación, al punto –como explica VÉSCOVI– que la cuestión se plantea sólo con la parte recurrente. En la Sala Penal bastan tres votos conformes para resolverla. La finalidad de control de las inadmisiones que tiene este recurso, obliga a entender

---

[261] *Vid.* (1) Ejecutoria superior de Lima, Exp. Nº 5444-99-A, de 6 de setiembre de 2000 (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, p. 252). (2) En el mismo sentido, véase la Ejecutoria superior de Lima, Exp. Nº 3232-97-A, de 6 de octubre de 1997 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999, p. 478), que precisa además –correctamente– que contra las denegatorias de un recurso de apelación en un proceso sumario no son admisibles nuevos recursos del mismo tipo y queda tan sólo la posibilidad de recurrir en queja de derecho. (3) Asimismo, véase la Ejecutoria de la Corte Superior de 10 de setiembre de 1999, Exp. Nº 2060-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., pp. 35-36), que acepta el recurso de queja por denegatoria de recurso de apelación en un procedimiento sumario o abreviado, y agrega que tal recurso opera de modo excepcional y es resuelto por el órgano jurisdiccional superior de la judicatura que deniega, que es de aplicación supletoria el segundo párrafo del art. 292º del CPP que determina las circunstancias en las que debe accederse a su trámite. Empero, tal argumento es impropio de la *queja ordinaria*, limitada a examinar si un recurso ordinario está bien o mal denegado, y en puridad se refiere a la *queja excepcional*, que no es de competencia de la Sala Penal Superior. Esa misma tendencia es seguida en la ya citada Ejecutoria superior de 6 de setiembre de 2000, recaída en el Exp. Nº 5444-99-A, que confunde queja ordinaria con queja excepcional. Estos criterios, lamentablemente, se han repetido en otras decisiones: Exp. Nº 3796-98, de 14 de setiembre de 1998; y Exp. Nº 8499-97-E, de 20 de octubre de 1997 (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 801-802).

que si el juez *a quo* deniega la expedición de copias, el recurrente podrá ocurrir en queja directamente al órgano *ad quem* [262].

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido, entre otras directivas: 1) que la expedición de copias corre por cuenta de la Sala Penal Superior, siendo ilegal que se disponga que las sufrague el recurrente bajo apercibimiento de tenerse por desistido (Exp. Nº 492-92, Piura, de 8 de marzo de 1993); 2) que las copias que deben formar el cuaderno de queja tienen por finalidad hacer ver las graves violaciones a la legalidad en que se haya incurrido, pero no se puede copiar todo el expediente (Exp. Nº 1133-92-B, Lima, de 28 de marzo de 1994); y, 3) que una condición para recurrir en queja es que se haya denegado el recurso de nulidad, de modo que no es legal interponer recurso de nulidad y recurso de queja al mismo tiempo (Exp. Nº 634-92, Puno, de 1 de marzo de 1993) [263].

La Ley Nº 27833, de 21 de septiembre de 2002, que modificó el art. 9º del Decreto Legislativo Nº 124, subsanó la omisión de la legislación precedente al hacer mención expresa al recurso de queja. Señaló que sólo procede por denegatoria del recurso de apelación –lo que es obvio pues regula el procedimiento sumario o abreviado–; que se interpone ante el Juez que denegó el recurso, en un plazo de tres días contados a partir del día siguiente de la notificación de la citada resolución; que el recurrente debe precisar el número de folios y las copias que requiera, sin perjuicio de que el Juez agregue lo que considere conveniente; que el cuaderno, formado por el propio Juzgado, se elevará directamente a la Sala Penal Superior respectiva dentro de las veinticuatro horas de solicitada su formación; que si bien no indica que la queja ordinaria se resuelve previa vista fiscal, tal trámite es necesario por aplicación supletoria del art. 297º CPP 1940; y, que amparada la queja, la concesión del recurso y la elevación al Superior Tribunal se producirá en el plazo de tres días, mientras que la denegación del recurso sólo exige la comunicación al juez inferior y la notificación a los interesados.

---

[262] Ha establecido la Corte Superior de Lima, en la Ejecutoria de 17 de noviembre de 1998, Exp. Nº 4418-98-A, que no es posible sustituir la interposición de un recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación, por una articulación de nulidad de actuados (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 803).

[263] ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 447-452.

El Código de 1991 señala expresamente, en su art. 361º, que contra el auto que declara inadmisible los recursos de apelación y casación procede recurso de queja de derecho. El agregar el vocablo "*de derecho*", no es sino un intento de diferenciar esta queja, en cuanto recurso devolutivo, con la queja de hecho, que es una denuncia de carácter disciplinaria que se formula contra los magistrados que no cumplen sus funciones y que, en el desempeño de un procedimiento concreto, han afectado ilegal o indebidamente los derechos de las partes. Este recurso de queja de derecho se prepara solicitando copias al juez *a quo*, acordando un plazo mayor al del Código anterior: tres días, que es similar al previsto por la Ley Nº 27833. La elevación de las copias corre por cuenta del juez *a quo*.

2. RECURSO DE QUEJA EXCEPCIONAL

El recurso de nulidad sólo procede contra determinadas resoluciones, taxativamente enumeradas en el art. 292º del Código de 1940. En atención a que numerosos procesos, señaladamente los seguidos por delitos menos graves, no son de conocimiento ordinario de la Corte Suprema, la ley abrió una posibilidad para que excepcionalmente puedan ser conocidos por el Supremo Tribunal, siempre que reúnan determinan condiciones. Esta posibilidad está reglada en el último párrafo del art. 292º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, de 1981, y en el art. 3º de la Ley Nº 26689, de 28 de noviembre de 1996.

Denegado el recurso de nulidad en atención a que la resolución recurrida no se encuentra en el *numerus clausus* del art. 292º del Código de 1940, el recurrente puede conseguir que se conceda este recurso, por razones excepcionales, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: **a)** que se trate de una sentencia o de una resolución que ponga fin al proceso, causando por consiguiente un gravamen irreparable; **b)** que se denuncie una infracción a la Constitución o una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal en la resolución recurrida; **c)** que en el escrito de interposición del recurso se precise la infracción constitucional o la grave infracción legal, citando inclusive las piezas pertinentes del proceso y sus folios, cuya omisión determina su rechazo *in limine*.

La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de asuntos que regularmente no tiene acceso pasa por el filtro del recurso de queja

excepcional. Para su procedencia deberá evaluar si, *prima facie*, existe alguna grave violación a la Constitución o a la Ley, penal material o procesal penal, esto es, si la decisión cuestionada ha inobservado, no ha aplicado o lo ha hecho erróneamente, una norma constitucional o legal de profunda significación en el proceso, desnaturalizando su esencia o distorsionando la adecuada solución del caso. Amparado el recurso de queja, la Corte Suprema ordenará la concesión del recurso de nulidad, oportunidad en que absolverá el grado con arreglo a sus facultades legales (arts. 299º a 301º).

En puridad este modelo guarda una cierta o remota semejanza con el "*petition of right*" del derecho medieval inglés, dado que éste implica, como aclara Guido Santiago TAWIL, el poder peticionar a la Corte Suprema una revisión "más acertada" de la causa. El escrito inicial tiene que demostrar que el caso es "*certworthy*", es decir, que existen motivos de interés general suficientes (en nuestra queja excepcional: violación de la Constitución y de la ley) que justifiquen la intervención del más alto tribunal, tales como existencia de cuestiones que revistan especial interés o en las cuales se debatan aspectos de sustancial importancia [264].

Para estos efectos, se debe formar el cuaderno respectivo, de conformidad con el art. 297º del Código de 1940. La Sala Penal Superior debe ordenar las copias pedidas por el recurrente y las que crea necesarias. Estas copias, ha establecido el Tribunal Supremo, tienen por finalidad hacer ver las graves violaciones constitucionales o legales en que se haya incurrido, en aplicación del art. 292º del Código acotado, por lo que el Tribunal de instancia debe ser inflexible al garantizar que sólo se anexen copias de todos los elementos necesarios para resolver [265].

El alcance que la Corte Suprema ha dado a esta vía excepcional es muy variado. Así declara fundada la queja: cuando se interpretan incorrectamente los alcances de un delito (Exp. Nº 636-98 Lambayeque, de 5 de noviembre de 1998); cuando se hace una incorrecta apreciación de los hechos y una defectuosa valoración de las pruebas (Exp. Nº 1401-97,

---

[264] TAWIL, Guido Santiago: *Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 31-33.

[265] Ejecutoria suprema de 28 de marzo de 1994, Exp. Nº 1133-92-B, Lima (*Normas Legales*, T. 244, setiembre, Trujillo, 1996, pp. J17-J18).

Cusco, de 9 de marzo de 1998) [266]; cuando se vulnera el derecho de defensa, no notificando a los imputados un auto ampliatorio de instrucción (Exp. Nº 290-98 Lima, de 17 de agosto de 1998); cuando se realiza una incorrecta determinación de la pena, variando una reserva de fallo condenatorio por una condena condicional (Exp. Nº 1559-98, Chincha-Ica, de 24 de marzo de 1999); y, cuando en un procedimiento por delito privado se aplica el artículo 77º del CPP, denegando de plano una querella (Exp. Nº 1447-98, Lima, de 15 de marzo de 1999) [267]. Por otro lado, formalmente, exige la precisión por el quejoso de las infracciones constitucionales o legales, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad [268]; y, desde el procedimiento de admisión, estatuye que la Sala Penal Superior no puede desestimar la presentación de la queja, pues el análisis de la misma es de exclusiva potestad del Supremo Tribunal [269].

Como ya se anotó, el art. 3º de la Ley Nº 26689, el recurso de queja excepcional sólo procede contra sentencias o resoluciones que pongan fin al proceso. La Corte Suprema así lo ha consagrado y, por tanto, ha rechazado recursos: contra la denegación de una solicitud de pago de intereses (Exp. Nº1490-97, Loreto, de 27 de enero de 1998) [270]; contra la denegación de una articulación de nulidad de actuados derivados de una incautación de bienes (Exp. Nº 1016-2002, Lima, de 4 de octubre de 2002) [271]; contra la desestimación de una solicitud de adecuación del tipo penal objeto de imputación (Exp. Nº 2087-2002, Lima, de 29 de noviembre de 2002) [272]; contra la ampliación del monto del embargo preventivo (Exp. Nº 1629-2002, Lima, de 17 de diciembre de 2002) [273];

---

[266] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 565 y 571-572.

[267] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, pp. 240-242 y 250-251.

[268] Exp. Nº 437-2002 Lima, 30 de abril de 2002 (Inédita).

[269] Exp. Nº 924-2001 Lima, de 13 de setiembre de 2001 (Inédita). Esta decisión, inclusive, no cuestiona que ante la desestimación de la Corte Superior sea el propio quejoso que se presente directamente a la Corte Suprema formulando el recurso de queja.

[270] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, p. 575

[271] Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Inédita).

[272] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

[273] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

contra la solicitud de designación de peritos judiciales (Exp. Nº 1725-2002, Lima, de 6 de diciembre de 2002) [274]; contra la decisión que declara infundada la recusación planteada contra un Vocal Instructor (Exp. Nº 2089-2002, Lima, de 29 de noviembre de 2002) [275]; contra el auto que confirma un mandato de detención (Exp. Nº 972-2002, Lima, de 1 de octubre de 2002) [276] o un impedimento de salida del país (Exp. Nº 737-2002, Lima, de 11 de octubre de 2002) [277] o una determinación del monto de la caución (Exp. Nº 741-2002, Lima, de 11 de octubre de 2002) [278].

Llama la atención una Ejecutoria Suprema que amparó un recurso de queja derivado de un proceso sumario, pese a que se trató de un auto que denegaba la apertura de instrucción, el mismo que según el Fiscal Supremo no estaba contemplado en el art. 3º de la Ley Nº 26689; el argumento fue la invocación de la facultad de casación de que, según la Sala Penal Suprema, está investida [279]. Este criterio es inaceptable, pues el sistema de recursos es de configuración legal [280] y, por tanto, sólo se puede conocer de un asunto si la ley lo establece; además, la casación es un recurso destinado a cumplir varias funciones –no una facultad–, las que asimismo deben ser puntualmente incorporadas por la Ley, lo que no sucede en el presente caso en que ni siquiera está vigente la norma que disciplina esa institución procesal.

Finalmente, es de tener presente que la Ley Nº 27833, de 21 de setiembre de 2002, que modifica el art. 9º del Decreto Legislativo Nº

---

[274] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

[275] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita). El argumento de dicha desestimación es la invocación al art. 3º de la Ley Nº 26689, puesto que la decisión sobre la recusación de un juez Instructor o Vocal Instructor no es recurrible en mérito a lo dispuesto en el art. 36º CPP, modificado por la Ley Nº 27652, de 24 de enero de 2002.

[276] Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Inédita).

[277] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

[278] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

[279] Exp. Nº 1002-98 Lima, 19 de mayo de 1999 (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, pp. 246-250).

[280] Precisa Joan PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 80), que el legislador es libre para determinar la configuración del sistema impugnatorio, los supuestos en que procede un recurso concreto y los requisitos que han de cumplirse en su formalización.

124, que regula el procedimiento penal sumario o abreviado, señala, *primero*, que el recurso de nulidad es improcedente en estos procedimientos; y, *segundo*, que cumplida la instancia plural –intervención de la Corte Superior vía recurso de apelación– no procede ningún recurso. Una lectura aislada de este nuevo artículo –a partir del énfasis dual puesto en el principio del doble grado de jurisdicción– podría entender que ya no cabe el recurso de queja excepcional, instaurado –desde la reforma operada por la Ley Nº 26689– sólo para decisiones finales en los procedimientos sumarios, en los que precisamente no cabe recurso de nulidad. Sin embargo, otra es la lectura que merece ese dispositivo, no sólo porque no ha derogado las dos normas que habilitan el recurso de queja excepcional (criterio formal) sino porque la ley procesal abrió un cauce específico al Supremo Tribunal para controlar la constitucionalidad y legalidad de las decisiones judiciales, lo que constituye el ejercicio de un cometido que por lo general se asigna a los más Altos Tribunales para garantizar la legalidad y la uniformidad de la jurisprudencia (criterio material).

3. OTRAS MODALIDADES DE QUEJA JURISDICCIONAL

El Código de 1940, a diferencia del Código de 1991, contempla adicionalmente dos modalidades distintas de queja. En el art. 87º, modificado por la Ley Nº 24388, se instituye la "queja por detención arbitraria". Se trata de una queja directa, presentada por el imputado ante la Sala Penal Superior, cuando ha sido detenido en virtud de una orden de detención emanada del Juez Penal y no ha sido notificado dentro de las veinticuatro horas de la resolución que dispone su detención. Esta queja se resuelve, previo informe del Juez quejado y vista fiscal. Si la Sala considera fundada la queja, es decir, si en efecto no se ha notificado al imputado dentro del plazo de 24 horas de detenido el tenor del auto de detención: **a)** podrá ordenar la libertad del inculpado, que se producirá cuando no exista auto de detención formal y válidamente emitido; o, **b)** podrá confiar la instrucción a otro juez, que será así cuando si bien se ha dictado auto de detención fundado, pero no se ha cumplido con el procedimiento de notificación correspondiente.

En el art. 89º el Código de 1940 se permite una queja directa ante el Superior Tribunal, formulada por el Fiscal, la parte civil o el inculpado, a fin de obtener el cambio de juez alegando expresas razones de inconveniencia para que siga conociendo del caso. Un supuesto específico

tiene lugar cuando se da indebida libertad a un inculpado, en cuya virtud el juez *ad quem* tiene atribuciones no sólo para cambiar de juez sino también para ordenar la detención del liberado indebidamente. Hay que diferenciar, sin embargo, la queja que permite este artículo, con la posibilidad, también prevista en ese numeral, de solicitar un Juez *ad hoc*. En este último supuesto, las razones de inconveniencia se circunscriben, no a la conducta funcional del juez o a la forma cómo conduce la causa, sino al hecho de que por la magnitud y complejidad del caso y dado que tiene un despacho regular que atender, resulta necesario nombrar un Juez Especial dedicado con exclusividad a esa causa concreta.

El Código de 1991, en el art. 138º, norma vigente, instituyó la denominada "queja por detención inmotivada". Esta queja se interpone ante el juez *a quo* solicitando forme el cuaderno respectivo y, fecho, lo eleve al Juez *ad quem*. Procede cuando el mandato de detención, dictado al calificarse la promoción de la acción penal hecha valer por el Ministerio Público, no ha sido motivado, es decir, no se ha explicitado los motivos o razones vinculadas al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, reconocidos en el art. 135º del Código de 1991.

El trámite de esta queja es sumarísimo: la Sala debe pronunciarse en el término de 24 horas de recibidos los autos, sin necesidad de vista fiscal. Si declara fundada la queja, como quiera que se incurrió en una causa de nulidad insanable, dada su directa relevancia constitucional, se excluirá al juez del conocimiento del caso y se dispondrá su remisión a otro juez, sin perjuicio de la sanción a que hubiera lugar. El juez que recibe los actuados dictará otra resolución motivando como corresponde la medida cautelar personal (la nulidad sólo envuelve a la detención y no a las demás partes del auto de apertura de instrucción o de aprobación de la apertura de investigación, según los Códigos). La referencia al art. 136º, que exige la motivación del auto de detención, no implica que el nuevo Juez está obligado a dictar mandamiento de detención –pues ello colidaría con su autonomía constitucional– sino que de inclinarse por la detención debe motivarla adecuadamente.

II. RECURSOS FISCALES

El Fiscal tanto por disposición del Código de 1991 cuanto por mandato constitucional, tiene el señorío de la etapa de investigación del

delito. Obviamente, para adelantar las diligencias del procedimiento debe dictar resoluciones en lo que es estrictamente materia de su competencia y siempre que no invada esferas propiamente jurisdiccionales. Es de tener presente, por consiguiente, que son resoluciones instructoras de carácter jurisdiccional: el auto que aprueba el ejercicio de la acción penal (art. 115º), los autos que se pronuncien sobre transferencia de competencia (art. 53º), los autos que impongan tanto medidas cautelares cuanto medidas contra–cautelares (arts. 55º.4, 135º, 140º, 143º, 146º, 174º, entre otras), los autos que dispongan la realización de medidas instrumentales restrictivas de derechos (arts. 149º, 156º, 163º y 167º, entre otros), los autos de sobreseimiento (art. 253º), los autos que resuelven excepciones, cuestiones previas y cuestiones prejudiciales (art. 55º.2), los autos que declaran la contumacia o la ausencia del imputado (art. 247º). El Proyecto de 1995 incluyó los autos que constituyen en parte a los sujetos procesales, específicamente de actor civil, actor social y tercero civil (arts. 87º 89º y 93º).

El art. 370º del Código de 1991 prevé dos clases de recursos:

1. *Reposición.* Es un recurso no devolutivo que se interpone contra los decretos, esto es, contra las resoluciones que se limitan a impulsar el desarrollo del procedimiento, disponiendo actos de simple trámite (v. gr.: realización de actos ordinarios de investigación y de ordenación del procedimiento);

2. *Apelación.* Es un recurso devolutivo que se interpone contra los autos que resuelven sobre la denegatoria de la promoción de la acción penal (art. 113º *in fine*), la denegación de actos de investigación propuestos por las demás partes y otras decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento y alcancen definitividad (v. gr.: cuestiones de competencia en el seno de la Fiscalía; conducción compulsiva del omiso, art. 67º; constitución en actor civil del agraviado, art. 83º; secreto del sumario, art. 99º, entre otros).

No son objeto de impugnación ante la instancia superior del Ministerio Público, aquellas decisiones que exigen un necesario complemento o pronunciamiento judicial, tales como las que dispongan la realización de medidas instrumentales restrictivas de derechos (arts. 155º, 160º y 171º) y el auto de apertura de investigación (arts. 114º y 115º), entre otros.

III. LA CONSULTA

La consulta, en cuanto institución procesal, está prevista en el vigente sistema procesal penal en los siguientes casos: **a)** auto de libertad incondicional (art. 201º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388); y **b)** sentencia censurada en el procedimiento de terminación anticipada en el delito de tráfico ilícito de drogas (art. 2º, inc. 5, de la Ley Nº 26320). Un supuesto general de consulta está previsto en el art. 14º del TUO de la LOPJ, cuando se trata de una resolución que no aplica una norma legal por colidar con la Constitución (la competencia corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema). Otro supuesto, esta vez excepcional, está vinculado a la aplicación del art. 6º del Decreto Legislativo Nº 922, circunscrito a la denegación de la apertura de instrucción por delito de terrorismo, luego de la anulación del fallo dictado de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 10-2002-AI-TC, de 3 de enero de 2003.

La consulta importa que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por el Superior, sin la cual no causaría ejecutoria. Según Hernando DEVIS ECHANDÍA, no se trata de un recurso, puesto que nadie lo interpone –así lo ha considerado el Código Procesal Civil en los arts. 408º/409º– y no rige para la competencia del superior y el alcance de la decisión que se adopte el principio de la *reformatio in peius*, propio de los recursos. La consulta se sustancia y decide por el superior como las apelaciones [281].

Es cierto, expone Edgar ESCOBAR LÓPEZ, que los recursos y la consulta buscan un mismo resultado, cual es la revisión de la decisión judicial por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada; sin embargo, la consulta, a diferencia de los recursos no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes sino que es un imperativo del legislador con carácter obligatorio que ordena al juez, sin petición alguna, que determinadas resoluciones deban ser revisadas por el Superior [282].

---

[281] DEVIS ECHANDÍA: *Compendio de Derecho procesal*, cit., p. 571.

[282] ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: "Regulación legal de la consulta en el proceso penal", en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle*, Vol. XIII, Nº 21 y 22, Medellín, 1990, p. 103.

En los casos de consulta, reza el art. 409º del Código Procesal Civil, el expediente es elevado de oficio, en el plazo máximo de cinco días; la resolución definitiva se expide en los cinco días siguientes a la vista de la causa; no procede el pedido de informe oral; y, durante la tramitación de la consulta, los efectos de la resolución quedan suspendidos. Para el procedimiento penal, el único supuesto en que la consulta no impide la ejecución del auto, por expreso mandato de la ley, es cuando se dicta libertad incondicional; para los demás supuestos, al no existir norma expresa, se aplican las disposiciones del Código Procesal Civil. Respecto al pedido de informe oral, es de desestimar la aplicación de dicho Código puesto que la consulta penal no es un instituto residual a la apelación y si puede afectarse los derechos de los justiciables, no hay razón valedera para restringir su defensa. Bajo estos mismos argumentos, es de precisar que no cabe dicho recurso contra esas resoluciones puesto que deben ser revisadas de oficio por el superior, en cualquier caso.

Un supuesto de excepción que hasta hace poco existía en nuestra legislación procesal penal eran los recursos de apelación y de nulidad de oficio, que de conformidad con el art. 22º del Decreto Ley Nº 17537, procedía contra las resoluciones desfavorables al Estado. En rigor, se trata de una consulta y no de un recurso. Siguiendo a MIXÁN MASS, no cabe hablar de recurso de oficio, porque "ello equivale a decir que el Tribunal conscientemente ha emitido una resolución viciada por el error o la malicia y por eso autoimpugna su resolución; tal supuesto, importa, cuando menos, un contrasentido y es completamente extraño a la naturaleza de la impugnación procesal... el recurso es privativo de las partes" [283]. Por lo demás, como lo vislumbró el Código Procesal Civil, y siguiendo a VÉSCOVI, se trata de un privilegio injustificado y una demora inútil del proceso, sólo aceptable en favor del reo en materia penal, dado que en el caso la demora del proceso no tiene trascendencia y los valores en juego son de los máximos en la escala [284].

Esta norma, en primer lugar, se derogó para los supuestos de derecho procesal civil por imperio de la Sétima Disposición Final del Código Procesal Civil; y, luego, por la Ley Nº 26718, de 27 de diciembre de 1996, para los procesos penales, que formalmente derogó el citado art. 22º del Decreto Ley Nº 17537.

---

[283] MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975, p. 287.

[284] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 31.

Parte VIII

PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL

CAPÍTULO XXXVI
TEORÍA GENERAL DEL PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL

SUMARIO: I. Concepto. II. Naturaleza jurídica. III. Las medidas provisionales: 1. Concepto. 2. Características. IV. Presupuestos de las medidas provisionales. V. Efectos de las medidas provisionales. VI. Clasificación de las medidas provisionales. VII. Actividad procesal.

I. CONCEPTO

Sin duda alguna la regulación de las medidas provisionales en el CPP 1940, que alcanzan al propio CPP 1991, presenta sensibles defectos, que no sólo están presentes en las carencias del propio articulado, sino fundamentalmente en el insuficiente catálogo de medidas personales y patrimoniales. A ello se agrega, en *primer lugar*, que nuestro proceso penal acumula obligatoriamente la acción civil *ex delicto* a la penal propiamente dicha; y, en *segundo lugar*, que se requiere tener presente que las medidas que comprenden este bloque normativo no sólo –como antes postulábamos [1]– tienen una función cautelar, sino –por compartir su naturaleza o finalidad esencial– funciones aseguratoria de la prueba y tuitiva-coercitiva [2].

---

[1] SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, 1ª ed., Grijley, Lima, 2000, Vol. II, pp. 779-784.

[2] MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en: *Justicia*, Nºs 1-2, Barcelona, 2002, pp. 114-115.

Por tanto, no es posible entender que existe un proceso cautelar, obviando las otras funciones: *aseguratoria* de la prueba y *tuitiva-coercitiva* [3]. En tanto, como luego veremos más detenidamente, todas ellas comparten las mismas notas características y están orientadas a impedir conductas dañosas del imputado durante la secuela del proceso, es del caso asumir que existe, como *tertium genus*, un "*proceso de protección provisional*". Será de *protección* porque está destinado a conjurar los riesgos de concretas conductas del imputado que pueden resultar dañosas o perjudiciales al proceso; y, tiene la calidad de *provisional* porque perduran únicamente durante la pendencia del proceso [4].

La necesidad de que se cuente con un proceso de protección provisional, es al fin y al cabo, "...la justa respuesta a una necesidad creada por el propio proceso como instrumento del ejercicio de la potestad jurisdiccional y del derecho de acción" [5].

Para que una decisión judicial tenga eficacia se requiere tiempo. Igualmente, para que el proceso se ejercite con mínimas garantías de acierto, debe llevarse a cabo una determinada actividad jurisdiccional que cumpla con los principios procesales correspondientes (contradictorio, acusatorio, etc.), en cuya virtud es del caso realizar una serie de

---

[3] Sin duda esa no es la opción del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en la STC 1730-2002-HC/TC, Asunto "Blanca Nélida Colán Maguiño", de 8 de agosto de 2002, párr. 4, respecto de la prisión preventiva, que es el supuesto más emblemático de la tutela provisional penal, acotó: "Asimismo, considerando que la restricción de la libertad personal [es de aclarar que la prisión preventiva no es una restricción, sino una privación provisional de la libertad personal] en el curso del proceso penal se justifica para garantizar la sujeción del imputado y para que en su momento pueda hacerse efectiva una posible sentencia condenatoria [función típicamente cautelar final], queda descartada la posibilidad de que los jueces incurran en un prejuzgamiento de la responsabilidad penal, tal como la actora alega que ha sucedido en su caso [el análisis del *fumus delicti*, desde luego, exige un juicio intermedio por el juez, pero ello no entraña un prejuzgamiento ilegítimo ¡el juez tiene que valorar los actos sumariales y sobre esa base forma su juicio!], afirmación que no se condice con el propósito de las medidas de coerción cautelares, cual es el cumplir sólo una función de aseguramiento..." (*El Peruano*, Lima, 10 de diciembre de 2002, pp. 5625-5626).

[4] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., pp. 120 y 124.

[5] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. II *(Proceso civil)*, p. 631.

pasos, incluida la impugnación. El proceso penal, al igual que el proceso civil, laboral, contencioso-administrativo, de familia y constitucional, no es instantáneo. Es en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ, un acto con proyección temporal que requiere la sucesión de varias unidades de tiempo [6]. Este necesario retraso en la tramitación de los procedimientos –negativo para quien tiene derecho a la plena satisfacción de su pretensión– también da ocasión a la otra parte para que realice conductas que pueden impedir o dificultar gravemente la marcha del proceso y/o la efectividad de la sentencia.

El proceso de protección provisional, en estas condiciones, se puede definir como *el instrumento que utiliza la jurisdicción o el derecho previsto por el derecho sustancial, destinado a conjurar el riesgo de conductas dañosas o perjudiciales, mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado, adecuada y suficiente para lograr tal efecto* [7]. El proceso de protección provisional –y la potestad provisional que contiene– forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139º.3 Const.), uno de cuyos componentes esenciales es el derecho a que el fallo se cumpla; y, antes, que el proceso se desarrolle de modo que pueda cumplir sus fines apartando aquellos peligros que lo limiten.

El citado art. 139º.3 de la Constitución implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela provisional efectiva. El juez tiene el deber constitucional de adoptar las medidas provisionales necesarias para la efectividad de la tutela jurisdiccional a otorgar, es decir, para mantener incólume durante el proceso el objeto del mismo. Tendríamos que decir, con CHAMORRO BERNAL, que se trata de "...una exigencia constitucional de la plenitud de la jurisdicción, pues sin posibilidad de asegurar (que no se realicen actuaciones dañosas o perjudiciales), no existe verdadera tutela" [8].

La finalidad del proceso provisional, en estas condiciones, estriba en proporcionar un sistema de protección para paliar de alguna ma-

---

[6] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974, p. 12.

[7] Se sigue parcialmente la definición de Manuel ORTELLS RAMOS (MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II *[Proceso civil]*, p. 631).

[8] CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 285-292. La definición del autor, es de aclarar, se circunscribe a la tutela cautelar, obviando la tutela provisional en general.

nera los riesgos de una tardanza en la resolución definitiva que la haga ilusoria [9].

En tanto el proceso de protección provisional garantiza, por lo menos, en su función cautelar, la efectividad de la potestad punitiva del Estado, un sector doctrinario postula que se rija por la más estricta oficialidad, consecuentemente, no es aplicable, en principio, la regla propia del proceso civil de que para su concesión se requiere instancia de parte; es decir, no pueden tener carácter de rogadas. En tanto el proceso penal trata de restaurar el orden jurídico perturbado, sancionando al culpable de la comisión de un delito e indemnizando al agraviado, a juicio de esta concepción, resulta razonable considerar que la actuación de la potestad cautelar se convierta en un deber de los órganos jurisdiccionales. Parece ser que en armonía con dicha postura dogmática: 1) el art. 77º CPP 1940 obliga a dictar prisión preventiva o comparecencia al imputado, así como el art. 94º del mismo Código autoriza al Juez a dictar embargo de oficio; y, 2) el art. 133º CPP 1991 autoriza al Juez a reformar de oficio las medidas cautelares, mientras que el art. 155º lo obliga a determinar la condición procesal del imputado, "sea de compareciente o detenido"; en cambio, las demás medidas personales y todas las reales están sometidas a la regla dispositiva o principio de rogación.

Es de considerar, sin embargo, que siendo persecutoria la justicia penal y encargándose al Ministerio Público, órgano autónomo de derecho constitucional, el ejercicio de la acción penal y la conducción desde su inicio de la investigación del delito (arts. 158º y 159º. 4 y 5 Const.), no cabe que se encomiende al juez, obligado constitucionalmente a la imparcialidad y objetividad, decidir sin pedido de parte la imposición de medidas provisionales, y menos las que tienen función cautelar. Es de tener presente, *primero*, que el interés público y social está representado por el Fiscal, que por imperio del art. 159º. 1 y 3, Const. tiene el deber de actuar en defensa de la legalidad y de los intereses tutelados por el Derecho y de representar en los procesos judiciales a la sociedad; y, *segundo*, que dictar de oficio medidas provisionales tiene el riesgo de lesionar sensiblemente la exigencia de imparcialidad y objetividad al obligar al juez a adelantar juicios sobre el *fumus commissi delicti* y el

[9] GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996, p. 175. Dicho autor, por cierto, se concentra exclusivamente en las medidas cautelares.

peligrosismo procesal –*periculum in mora*, concretado en el *periculum libertatis* y el *periculum in damnum*– en orden al imputado, y esencialmente sin la intervención del titular de la acción penal o del agraviado constituido en parte o actor civil (art. 11º LOMP y 58º CPP 1940).

II. NATURALEZA JURÍDICA

La actividad jurisdiccional provisional puede considerarse como un proceso en sí mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución. No configura un mero elemento complementario de los procesos de declaración y de ejecución, ni tampoco constituye incidente del primero ni medio de aseguramiento del segundo. Tiene, en suma, su propia sustantividad, desde que la medida provisional se adopta bajo unos presupuestos procesales y con un procedimiento distinto del proceso declarativo y del de ejecución.

El derecho a la medida provisional, al aseguramiento de la tutela plena del proceso en general, es un puro derecho procesal. En definitiva, es un derecho frente al Estado por el que se pide se asegure o garantice la eficacia: **a)** de la eventual sentencia condenatoria (fuga e insolvencia del imputado), **b)** de la prueba (obstrucción de la investigación o impedimento de la actuación de los medios de prueba), y **c)** de la prevención de la reiteración delictiva (agresión mediante el mismo delito u otros a las víctimas o sus allegados), durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento. Su fundamento, según CORTÉS DOMÍNGUEZ, es puramente procesal o, en todo caso, constitucional, desde que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar (nosotros diríamos, *resolución provisional*) es una forma de acción pura, que no es accesoria de ningún derecho [10].

Esta concepción, en cuanto considera el proceso de protección provisional como un *tertium genus*, refleja adecuadamente la importancia de una necesidad social que surge de la propia configuración de la actuación jurisdiccional del derecho y el correlativo interés del tratamiento normativo que esa necesidad requiere. La característica de *instrumentalidad*, consecuencia de la función a la que sirve este proceso,

---

[10] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 527.

le otorga entidad propia, a la par que está constituido por una pretensión procesal distinta del proceso principal.

Existe, como es obvio, un fuerte entrelazamiento entre las actividades provisionales y las del proceso declarativo, sin embargo los actos procesales provisionales no son una manifestación de la potestad punitiva del Estado –propias de los procesos de declaración y conocimiento– puesto que lo impide el derecho a la presunción de inocencia. Además, puntualiza ORTELLS RAMOS, en tanto las medidas cautelares –nosotros diríamos, *provisionales*– restringen derechos fundamentales, resulta imprescindible rodearlas del máximo de las garantías de un proceso, en la medida en que se trata de una materia de directa relevancia constitucional [11].

El proceso provisional tiene unas notas características propias. Señala al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ, refiriéndose a las medidas cautelares –pero que pueden extenderse a todas las medidas provisionales–, que estas notas son las siguientes: **1)** Es un proceso sumario, en el doble sentido de que el proceso es corto y abreviado, y que el juez tiene una extraordinaria limitación en su poder de conocimiento, circunscrito a la constatación de los presupuestos de la medida. **2)** No rige el principio de contradicción, pues por lo general se acuerdan sin conocimiento del sujeto pasivo de la misma. **3)** Normalmente es competente para dictarla el juez del proceso declarativo. **4)** El legitimado activamente para solicitarla es el actor en el proceso principal, declarativo. **5)** La resolución judicial que las adopta no produce los efectos de la cosa juzgada [12]. Los dos últimos requisitos deben ser matizados en el caso de nuestro ordenamiento procesal penal; *primero*, porque se sigue el principio de oficialidad, aunque las partes legitimadas pueden solicitar la imposición o modificación de las medidas provisionales; y, *segundo*, porque la revocabilidad de las medidas provisionales no es óbice a la firmeza de las resoluciones que la adoptan.

La autonomía del proceso de protección provisional es negada por varios autores, entre ellos SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ. Sostienen que la forzosa dependencia y subordinación de la medida respecto del

---

[11] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. III *(Proceso penal)*, p. 439.

[12] CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 531-533.

proceso declarativo, del que tan sólo es un simple incidente, así como la falta de unidad de los diversos procedimientos, que debe adoptarse a la situación sustancial garantizada, impiden la mentada autonomía [13]. Sin embargo, con ORTELLS RAMOS, respondiendo a esas objeciones, es de acotar que la dependencia y subordinación es la consecuencia de la función que cumple el proceso cautelar –*de protección provisional*–, que es precisamente la que le da entidad propia, y la falta de unidad del procedimiento cautelar –*de protección provisional*– no dice de su falta de autonomía, sino de la exigencia teórica de reestructurar su base normativa [14].

III. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

1. CONCEPTO

Las medidas provisionales pueden definirse como los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración.

Si bien *i)* el *fundamento* es único (ineludible duración temporal inherente al proceso jurisdiccional), e inevitablemente se expresan afectando derechos del imputado, con *ii)* el *objetivo* de evitar actuaciones dañosas o perjudiciales de su parte, *iii)* las *finalidades* perseguidas son múltiples: eficacia del proceso o su normal funcionamiento.

En efecto, las medidas provisionales adoptan funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivas-coercitivas. (1) La *finalidad cautelar* persigue garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, de suerte que los hechos que pretende evitar son la fuga del imputado, su insolvencia y la desaparición de los bienes delictivos. (2) La *finalidad de aseguramiento de la prueba* persigue impedir actuaciones o confabulaciones del imputado que obstruyan la investigación o perturben la práctica

---

[13] SERRA DOMÍNGUEZ-RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., pp. 25 y 28.

[14] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. II (*Proceso civil*), p. 259.

de los medios de prueba. (3) La *finalidad tuitiva-coercitiva* persigue impedir que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquél que ha provocado la incoación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de enjuiciamiento [15].

2. CARACTERÍSTICAS

En función de las finalidades de las medidas provisionales, y de los principios y valores constitucionales en juego, las características que las distinguen tienen un contenido determinado. Así, podemos identificar como características relevantes las siguientes: instrumentalidad, urgencia, proporcionalidad, variabilidad y jurisdiccionalidad.

A. La instrumentalidad

Es una característica típica de toda medida provisional. Siguiendo a CALAMANDREI, aunque extiendo tal nota a todas las medidas provisionales, consiste en que no tiene una finalidad en sí misma, pues está necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso declarativo por la función que tiene asignada, de asegurar su efectividad práctica (*fruttuosità practica*) [16].

Esta concepción de la instrumentalidad, apunta ORTELLS RAMOS, contiene dos elementos fundamentales. En *primer lugar*, importa la existencia de dos situaciones jurídicas, una instrumental y otra final. En *segundo lugar*, una situación es instrumental respecto de otra en tanto posibilita que la sentencia a recaer en el proceso declarativo sea eficaz en la práctica [17], así como asegura el normal desenvolvimiento del proceso [18].

Las manifestaciones de la instrumentalidad son las siguientes:

---

[15] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., pp. 124-147.

[16] CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, p. 21.

[17] MONTERO AROCA *et al.: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II (*Proceso civil*), p. 260.

[18] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 154.

1) Sólo puede adoptarse estando pendiente un proceso declarativo o para preparar la incoación en el más breve plazo. Es el caso, por ejemplo, de la detención imputativa o de un arraigo en sede preliminar.

2) Se extingue cuando el proceso penal se termina. Si la pretensión no es estimada, la medida se extingue, porque ya no hay efectos que deban asegurarse ni dificultades en su desenvolvimiento que deban evitarse. Si la pretensión es estimada, sancionándose al imputado, la medida también se extingue porque a partir de allí la sentencia despliega sus efectos propios, esto es, desarrolla su eficacia ejecutiva. Esta consecuencia, enfatiza ARANGÜENA FANEGO, se denomina *provisionalidad*, en cuya virtud los efectos de la medida tienen una duración limitada en el tiempo y deben desaparecer una vez que haya recaída sentencia en el proceso declarativo, a lo que hay que diferenciar la nota de *temporalidad*, que significa que, independientemente de sobrevenir un evento determinado, la medida está sujeta a un tiempo determinado [19].

Respecto de las medidas provisionales con función tuitiva-coercitiva –cuyo objetivo no está intrínsecamente relacionado con la eficacia del proceso o de su período de prueba–, su lógica más clara es la *accesoriedad* de la medida, pues sólo se concibe en el seno de un proceso y por razón de la inevitable duración temporal que caracteriza a este último [20].

3) Los efectos que genera coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia dictada en el proceso declarativo, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con éstos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter provisional aludido en el punto anterior [21]. Señala MÁLAGA DIÉGUEZ que no es sorprendente que las medidas provisionales "[...] supongan una anticipación de la ejecución eventual de la condena, por lo que son *homogéneas* con las medidas ejecutivas. Esta nota característica [...] es evidente en las medidas que comportan privación de libertad, pero también en otras que coinciden plenamente con algunas de las penas que pueden imponerse en la sentencia,

---

[19] ARANGÜENA FANEGO, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 79.

[20] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 154.

[21] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II (*Proceso civil*), pp. 260-261.

como las privaciones de derechos, o las diversas modalidades de alejamiento respecto de la víctima y sus allegados [*vid.*, en Perú: Legislación sobre protección frente a la violencia familiar]. La homogeneidad es manifiesta asimismo en el caso de las medidas de naturaleza patrimonial, como por ejemplo el embargo preventivo..." [22].

B. La urgencia

La resolución provisional debe adoptarse cuando se aprecian circunstancias que racionalmente confirman un riesgo potencial de ineficacia del proceso declarativo. Es de destacar que, objetivamente, el juez dicta una medida provisional pese a disponer de limitados elementos de juicio para decidir, pues lo hace en un momento previo al desarrollo del juicio oral, contando sólo con actos de investigación. El Juez, en tal virtud, contará, apuntan SERRA DOMÍNGUEZ y MÉNDEZ RAMOS, con meros indicios que revelen la simple apariencia de la racionalidad de la imputación [23].

La urgencia coimplica que debe acordarse lo más rápidamente posible. Su concesión u otorgamiento debe ser célere, lo que se relaciona con la nota de *sumariedad*, de suerte que el procedimiento debe ser abreviado e importa una extraordinaria reducción en el poder de conocimiento del juez; no hay *plena cognitio*, sino –como expresa CALAMANDREI– una *summaria cognitio*, en tanto el presupuesto de las mismas no es tanto el derecho, cuanto la apariencia del mismo. De ahí que nuestras normas sólo exijan "[...] suficientes elementos probatorios de comisión delictiva" (art. 135º.1 CPP 1991), "[...] elementos de convicción suficientes" o el peligro de que "los bienes del investigado, contra quien existan elementos de convicción de que está vinculado como autor o partícipe en alguno de los delitos [...], puedan ocultarse o desaparecer o sea posible que se graven o se vendan [...]" (Ley Nº 27379, art. 2º numerales 1 y 4).

La urgencia y la sumariedad, importan a su vez que la medida provisional se acuerde "*inaudita altera parte*", pues no cabe que se dé audiencia a aquel contra quien se dispone la medida (una excepción, sin duda, debe ser la prisión preventiva pues la precede la detención

---

[22] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., pp. 164-165.

[23] SERRA DOMÍNGUEZ-RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., p. 80.

imputativa). La sorpresa está dada precisamente para evitar que la persona contra quien va dirigida se sustraiga a su ejecución. Es la nota de *sorpresividad.* Es de aclarar que con ello no se menoscaba el derecho de defensa –reconocido en el art. 139º.14 de la Constitución– porque en todo caso se le concede al afectado la posibilidad de pedir, en vía de recurso, su alzamiento por no concurrir los requisitos establecidos en la Ley. Al respecto el art. 314º *in fine* CPP 1991 preceptúa que tratándose "*de medidas coercitivas no se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior [notificación previa a los sujetos procesales] cuando la precedente audiencia o traslado hiciera peligrar su finalidad*".

C. Proporcionalidad

Se trata de un principio que es fruto de una elaboración doctrinaria de los Tribunales Regionales de la Unión Europea y de los Tribunales Constitucionales Europeos. Este principio, precisa PEDRAZ PENALVA, busca proteger los derechos fundamentales de la persona fijando los límites de la intervención del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses generales que aquél persigue y los intereses básicos de los individuos o grupos que sólo excepcional, taxativa y fundadamente pueden ser lesionados [24].

Este principio que –como apunta la jurisprudencia alemana– tiene rango constitucional, derivado para nosotros de los arts. 43º y 1º de la ley fundamental, es inherente al Estado de Derecho, a la idea de dignidad de la persona y a la esencia de los derechos fundamentales y se subdivide en tres subprincipios: *adecuación, necesidad y subsidiaridad,* que constituyen los denominados requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad [25]. La jurisprudencia española, siguiendo lo dispuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos, ha introducido una última exigencia: la motivación de la decisión judicial que acuerde la medida, o sea ha impuesto dos requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad y motivación de la medida.

[24] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en: *Poder Judicial,* 2º Época, Nº 17, Madrid, 1990, p. 79.

[25] GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Colex, Madrid, 1990, pp. 51 y 55.

El art. 132º del CPP de 1991 incorpora este principio al establecer que "*la libertad personal y los demás derechos fundamentales (...) sólo podrán ser restringidos cuando fuera absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley*". De igual manera, el art. 30º de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que; "*las restricciones permitidas... al goce y ejercicio de los derechos y libertades (...), no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*".

Un presupuesto de la proporcionalidad es la *legalidad*. A su vez la legalidad es de carácter formal y material. El presupuesto formal o de tipicidad procesal (*nulla coactio sine lege*), exige que toda medida limitativa de los derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. El art. 2º.24.'b', de la Constitución, entre otros puntos, precisa que "no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, *salvo en los casos previstos por la ley*". La ley, a semejanza de la legalidad penal, debe cumplir tres requisitos: que sea escrita, estricta y previa (esta última entendida como ley vigente en el momento del proceso, salvo que se trate de disposiciones más favorables al imputado, art. IX, primer párrafo, del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991).

El presupuesto material, o justificación teleológica, consiste en que toda medida restrictiva de derechos que la ley impone debe orientarse hacia un fin legítimo (control referido a la interdicción de la arbitrariedad). Según GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, dos son los requisitos que debe cumplir toda restricción de derechos: **a**) que se deba proteger o preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos; y, **b**) que los fines sean socialmente relevantes, tal como lo ha reclamado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto "Norris", de 26 de octubre de 1988; relevancia que puede estar explícitamente prevista en la Constitución (v. gr.: esclarecimiento de un delito, en el caso de la detención incomunicada, art. 2º.24.'g' Const.) o ser deducible del conjunto de valores de una sociedad o de la necesidad social imperiosa en su imposición [26].

El sub-principio de *adecuación* significa que la medida adoptada debe ser congruente o apta para alcanzar el objetivo pretendido, que debe

[26] GONZALES-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pp. 104-105.

ser constitucionalmente relevante. Este sub-principio se traduce en la exigencia de una adecuación estricta entre el fin legal (previsto por la ley) que se persigue y los medios elegidos para su realización.

La medida provisional ha de estar en adecuada relación con la entidad y trascendencia del hecho que se imputa al encausado.

El sub-principio de *necesidad* responde al interrogante de si la medida adoptada es la precisa para asegurar el respeto de la ley o del interés público y de si dicha medida no va más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz. Mediante este sub-principio se busca evitar que se produzca un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza, a cuyo efecto el juez debe realizar un juicio de ponderación entre dos bienes o intereses jurídicamente protegidos, de suerte que el sacrificado debe tener menor significación que el que se trata de garantizar.

La medida provisional que en concreto se adopte debe ser precisamente la necesaria para alcanzar de modo eficaz el objetivo previsto.

El sub-principio de *subsidiaridad* responde a la pregunta de si aun siendo la medida en cuestión adecuada y necesaria, no existe otra que sea menos lesiva para el interés privado. Se trata de la denominada "alternativa menos gravosa". La satisfacción del interés general ha de poder ser alcanzada en este caso por una medida igualmente eficaz en comparación con otra, pero que lesione con menor intensidad los intereses privados.

La medida provisional, resultando menos gravosa, debe ser asumida por el sujeto pasivo de la misma.

La *motivación* es necesaria tratándose de restricción de derechos fundamentales. ARANGÜENA FANEGO ha expuesto que el Tribunal Constitucional español en dos fallos remarcables sostuvo adecuadamente que: **a)** que la motivación tiende a expresar la ponderación de la necesidad de la medida y de su proporcionalidad (STC Nº 53/1986, de 5 de mayo de 1986); y, **b)** que la motivación permite la posterior fiscalización de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de Justicia (STC Nº 62/1982, de 15 de octubre de 1982) [27].

---

[27] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., p. 132.

El imputado tiene derecho a que la medida que se le impone lo sea mediante resolución motivada que le permita tomar razón de los motivos por los que se limita su derecho, posibilitando asimismo su eventual fiscalización por los tribunales de justicia.

La motivación de las resoluciones judiciales es un principio de la función jurisdiccional, de rango constitucional (art. 139º.5 Const.), que a su vez el art. 133º del CPP de 1991 la exige al conjunto de medidas cautelares.

D. La regla "rebus sic stantibus". *La variabilidad*

Las medidas provisionales, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación –en tanto perdura el proceso declarativo– estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

Los presupuestos de la medida provisional responden a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de adoptar la medida. Esta situación de hecho puede sufrir modificaciones a lo largo del proceso, que necesariamente determinan un cambio en los presupuestos de la medida, a su vez, una variación de la medida adoptada. En tanto la medida provisional persigue asegurar el valor eficacia del procedimiento y combatir las situaciones de peligro, opina Javier VECINA CIFUENTES, es que las resoluciones judiciales son susceptibles de alteración, variación y aun revocación, en tanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó [28].

Precisamente, el art. 134º del CPP de 1991 contiene expresamente esta regla de la variabilidad, al estipular que "*las medidas coercitivas y los autos que las desestimen son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo*".

Es de acotar que tratándose de medidas provisionales personales, además de su *revocación*, que procederá cuando la *sospecha de comisión de un delito* quede eliminada, es posible su sustitución por otras medidas

[28] VECINA CIFUENTES, Javier: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1994, p. 45.

cuando varíen las razones que fundamentaron su imposición, especialmente centradas en la posibilidad de reconducir típicamente el hecho imputado en atención a una menor entidad del injusto o de culpabilidad por el hecho o en la disminución del peligro para los fines del proceso (v. gr.: detención por libertad provisional, art. 182º CPP de 1991). Esto no sucede con las medidas cautelares reales, pues la modificación de las circunstancias de hecho que determinaron su imposición conlleva en todo caso su revocación, sin posibilidad de sustitución por otra medida distinta, desde que el *peligro por la demora*, según se examinará más adelante, viene dado simplemente por el necesario transcurso del tiempo hasta que recaiga la resolución final.

Un problema derivado de la regla *rebus sic stantibus* es si las resoluciones que se pronuncian sobre la pretensión provisional producen o no los efectos de la cosa juzgada. La doctrina mayoritaria le resta estos efectos. Dos son los motivos de esa posición: **a)** la cosa juzgada implica la irrevocabilidad de la resolución por haber ésta adquirido firmeza al precluir los medios de impugnación previstos legalmente para atacarla; **b)** El carácter de irrevocabilidad de la cosa juzgada es contrario a la función de las medidas cautelares que las hace esencialmente modificables.

Sobre el particular es de acotar, en primer lugar, que la resolución provisional produce los efectos de la cosa juzgada formal cuando adquiere firmeza por no existir o haber precluido la posibilidad de utilizar contra ella los medios de impugnación legalmente previstos, resultando imposible a partir de allí obtener del juez su reforma; en segundo lugar, que si bien las medidas provisionales son variables, esta variabilidad se circunscribe a la modificación de los presupuestos por hechos posteriores, no siendo posible que vuelvan a ser examinados los presupuestos que se tuvieron en cuenta y fueron examinados en la resolución firme [29]. Por consiguiente, las resoluciones provisionales producen cosa juzgada sujeta a límites temporales.

E. La jurisdiccionalidad

En tanto las medidas cautelares tienden a asegurar la efectividad del proceso y están previstas en interés del buen funcionamiento de la

[29] VECINA CIFUENTES: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 45-49.

administración de justicia, la jurisdiccionalidad es una característica propia de aquéllas. La adopción de medidas provisionales implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de ahí que constituya una potestad claramente jurisdiccional y, por lo tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo al Poder Judicial [30]. El art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991, ratifica esta posición.

Las medidas provisionales deben ser jurisdiccionales porque es una consecuencia directa de la instrumentalidad de las mismas, razón por la cual su adopción está vedada a las autoridades administrativas. De igual manera, en aquellos casos en que se afecte el derecho a la libertad, como se anticipan los efectos de la pena definitiva, ello supone el ejercicio del *ius puniendi*, el cual únicamente corresponde a la jurisdicción (art. 139º.10 Const.).

Sin embargo, esta regla general de la jurisdiccionalidad está sometida a determinadas excepciones. La Constitución permite la detención policial de las personas en casos de flagrante delito (art. 2.24.'f', primer párrafo). El Código Procesal Penal de 1991 autoriza a la Policía a secuestrar bienes en casos de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración (art. 106º.11), igualmente faculta al Ministerio Público a secuestrar cautelarmente bienes y clausurar e inmovilizar locales o bienes muebles de grandes dimensiones, en casos de flagrancia o de "peligro por la demora" (arts. 160º y 171º). Estos procedimientos están contemplados en la Ley Nº 27379, de 21 de diciembre de 2000 y la participación de la Policía Nacional y el Ministerio Público se encuentra regulada por la Ley Nº 27934, de 12 de febrero de 2003.

En todo caso, como sostiene C. U. DEL POZZO, las excepciones deben someterse a los siguientes requisitos: a) adopción tan sólo en los casos expresamente señalados en la Ley; b) naturaleza provisionalísima de las afectaciones que se decreten; y, c) necesidad de su convalidación posterior por parte de la autoridad judicial y, en caso contrario, anulación automática de sus efectos [31].

---

[30] VECINA CIFUENTES: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, cit., p. 50.

[31] Citado por ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 52.

Los supuestos fijados tanto en la Constitución cuanto en el Código Procesal Penal de 1991, bajo la inspiración en este último caso del Código Modelo para Iberoamérica, pueden subsumirse dentro de estos tres aspectos señalados. La ley prevé los casos en que procede y, además, impone determinadas condiciones para su imposición (flagrancia, peligro por la demora, etc.); las medidas no sólo son provisionalísimas, sino que están sujetas a un término puntual; y, el juez debe pronunciarse sobre ella, ya sea –en el primer caso– dictando mandato de detención o –en el segundo caso– expidiendo la resolución autoritativa o denegatoria que corresponda.

IV. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

La estructura de la norma procesal configuradora de una medida provisional es la misma de otras normas jurídicas. En consecuencia, según ORTELLS RAMOS, la norma procesal provisional prevé, en primer lugar, un supuesto de hecho, unos *presupuestos*; y, en segundo lugar, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos *efectos* [32].

El primer presupuesto de la medida cautelar consiste en la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela se establece la medida. Se trata del *fumus commissi delicti* o apariencia o justificación del derecho subjetivo, conforme enseña GIMENO SENDRA, en el proceso penal, es la "*razonada atribución del hecho punible* a una persona determinada". El presupuesto material es la imputación, sin ella no existe la posibilidad de adoptar medidas provisionales [33]. El juicio de probabilidad o de prueba semiplena que sustenta el cumplimiento de este presupuesto se funda en los resultados de los actos de investigación del procedimiento preliminar o de la actividad policial o fiscal previa al mismo. Desde luego, una ulterior sentencia absolutoria merma el *fumus commissi delicti*, lo que obliga a levantar la medida (*vid.* art. 630º CPC).

---

[32] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II (*Proceso civil*), p. 263.

[33] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, 4ª. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, T. II (*Proceso penal*), p. 346.

El segundo presupuesto de las medidas provisionales es el "*periculum in mora*" o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento o de la mora procesal. Está en función de aquellos riesgos del proceso que pretenden evitarse. A juicio de CALAMANDREI, dos son los elementos de este presupuesto: **a)** el tiempo de demora en la expedición de la resolución final (*el retraso*); y, **b)** durante ese lapso de tiempo pueden realizarse acciones o acontecer hechos que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal (del proceso mismo) [34].

Este presupuesto es el que justifica la razonabilidad de la medida provisional, pues es insuficiente el *fumus commissi delicti*, que sólo se refiere a la interdicción de la arbitrariedad, requiriéndose, para dar contenido propio a la medida provisional un concreto peligro a combatir.

Se trata de un presupuesto unitario, sin perjuicio de la concreta finalidad perseguida por la medida provisional: cautelar, de aseguramiento o tuitiva-coercitiva. Ahora bien, las consecuencias del retraso, que integran ese *periculum*, varían según la función que desempeñan. Así:

1) La función cautelar, trae aparejada, en las medidas personales, el riesgo de fuga. Este riesgo se concreta en el *periculum libertatis*, que en nuestra legislación es un peligro graduado en función de criterios legales como sería la penalidad y, entre otros, el arraigo familiar y social. En las medidas patrimoniales o reales, el riesgo a combatir es el de insolvencia o el de desaparición de bienes delictivos sujetos a decomiso; se trata de un peligro que en el CPP 1940 está objetivado, pues va implícito con la sola acreditación de la imputación.

2) La función de aseguramiento, conlleva el riesgo de obstaculización de los actos de investigación y de perturbación de los medios de prueba. El *periculum* se construye en estos casos a partir de parámetros razonables vinculados al comportamiento previsible del imputado para enervar la investigación y el juicio o confabularse con tal finalidad.

3) La función tuitiva, trae consigo el riesgo de reiteración delictiva –concretado en el *periculum in damnum*–, que asimismo requiere de premisas fácticas e indiciarias, tales como los antecedentes del presunto delincuente, su perfil psicológico, el tipo de delito, su posición social en

[34] CALAMANDREI: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, cit., p. 18.

orden a los factores criminógenos del delito, o una conducta manifiestamente agresiva o peligrosa [35].

V. EFECTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

El segundo componente de la norma que configura una medida provisional son los efectos jurídicos. Éstos constituyen el contenido de toda medida provisional, aquello en lo que consiste. ORTELLS RAMOS [36] nos dice que los efectos son: de aseguramiento, de conservación, e innovativos y anticipativos de la pretensión, aunque están más pensadas para las medidas con función cautelar.

1. Los *efectos de aseguramiento* se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, en su momento, pueda efectivizarse la sentencia declarativa o garantizarse la efectividad del proceso mismo. Aquí no se produce una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso declarativo (v. gr.: prisión preventiva, embargo preventivo de bienes, incautación de bienes delictivos).

2. Los *efectos de conservación* constituyen una mayor injerencia en la esfera del sujeto pasivo de la medida. Ante las limitaciones del efecto de simple aseguramiento, y bajo la idea que es socialmente imprescindible –evitando situaciones de autotutela– autorizar resoluciones de eficacia provisional, confieren una cierta satisfacción a la pretensión del proceso penal, en cuanto consisten en mantener un estado de hechos que beneficia a la sociedad o a la víctima y cuya alteración por el imputado ha dado origen al proceso. En suma, conservan la situación existente al incoarse el proceso, evitando su alteración [37]. Un ejemplo podría ser la prohibición de residencia de la legislación de protección frente a la violencia familiar.

---

[35] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 136.

[36] MONTERO AROCA, *et al: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 541.

[37] ORTELLS RAMOS, Manuel; SÁNCHEZ, Ricardo Juan; BONET NAVARRO, José; BELLIDO PENADÉS, Rafael; PASTOR, José Martín; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 993-994.

3. Los efectos *innovativos* –de la situación de hecho existente–, *satisfactivos* –del derecho o interés del derecho cuya tutela se pide– y *anticipativos de la pretensión* –de la tutela que la sentencia dispondrá–, importan la introducción de una innovación, de un cambio, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido, que en suma reporta una utilidad similar a la de la sentencia condenatoria (v. gr.: ministración provisional de posesión, clausura de establecimientos que atentan contra el ambiente, pensión provisional de alimentos) [38].

VI. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Las medidas provisionales recaen sobre los derechos personales, o los derechos reales o patrimoniales del imputado. Las medidas personales limitan los derechos vinculados a la libertad personal, la libertad de tránsito y demás derechos civiles del imputado. Las medidas reales limitan el derecho de propiedad o de libre disposición de los bienes del imputado o de los que delictivamente estén en su poder.

Las medidas provisionales personales que reconoce nuestro ordenamiento procesal son las siguientes:

1. La detención imputativa o preliminar
2. La prisión preventiva
3. La comparecencia (simple o restrictiva)
4. El arraigo o impedimento de salida
5. El internamiento provisional del anormal psíquico
6. La prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación.
7. La suspensión provisional de derechos (medidas interdictivas).

Las medidas provisionales reales, tanto penales como civiles, son:

1. El embargo.
2. El secuestro o incautación de bienes

[38] ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 138-144.

3. Anotación preventiva del procesamiento penal
4. Inhibición de bienes inscribibles
5. Destrucción de cultivos
6. La inmovilización de cosas muebles
7. La ministración provisional de la posesión
8. La suspensión de la actividad contaminante
9. El inventario de bienes
10. La pensión provisional

VII. ACTIVIDAD PROCESAL

El procedimiento de protección provisional, como ha se ha expuesto, está sometido a un *trámite sumario*, de extrema brevedad para la adopción de la resolución provisional. Es de destacar en este rubro lo referente a la polémica existente entre el *principio de oficialidad* y el *principio de demanda* o de rogación, y lo relativo al régimen del *debate contradictorio*.

El primer problema se deriva de la legitimación de las partes para solicitar medidas provisionales y el papel del Juez sobre el particular.

La adopción de las medidas provisionales en el Código de 1940 y, en menor medida, en el Código de 1991 se somete al *principio de oficialidad*. El art. 134º del Código de 1991 dispone expresamente que éstas se dictan de oficio. Además, la petición que puedan formular las partes no es vinculatoria al juez, quien inclusive puede acordar una medida más o menos intensa del derecho fundamental cuya restricción se pide.

El Ministerio Público, en atención a su condición de titular de la acción penal y promotor de la justicia (art. 159º, incs. 1 y 5, de la Const.) está legitimado para solicitar todo tipo de medidas provisionales. De modo genérico el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Penal reconoce esta legitimación al precisar que cuando fuera indispensable una decisión jurisdiccional (ya hemos visto que una característica de toda medida cautelar es la jurisdiccionalidad) la requerirá al juez penal.

El art. V del Título Preliminar del Código de 1991 prescribe que corresponde al Fiscal requerir al juez decisiones coercitivas. De modo específico, la LOMP señala que el Fiscal Provincial puede solicitar em-

bargos (art. 95º.2); el art. 146º del citado Código autoriza al Fiscal a solicitar el mandato de impedimento de salida, de igual manera lo hacen los arts. 156º, 167º y 174º de dicho Código para el impedimento de salida, la clausura de locales, la inmovilización de cosas muebles y el embargo.

El embargo es la única medida provisional que, además de poder ser requerida por el Ministerio Público, puede ser solicitada por la parte o el actor civil (art. 174º del Código Procesal Penal de 1991). El Decreto Legislativo Nº 312, igualmente, permite al actor civil solicitar la ministración provisional de posesión. Esta restricción a la parte civil se encuentra expresamente recogida en el art. 138º del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995. La justificación de la mencionada limitación, circunscrita desde luego a los delitos públicos –en los delitos privados la víctima no sólo autoriza la iniciación de la causa penal, también le corresponde su persecución–, estriba en que la parte civil o el actor civil limita su interés en el proceso a la satisfacción de la cuestión civil, es decir, a la reparación civil (art. 86º del Código Procesal Penal de 1991), consecuentemente, sólo tendría legitimación para pedir aquellas medidas que tiendan a satisfacer ese interés patrimonial derivado del delito: embargos, ministración de posesión, secuestros de bienes de su propiedad en poder del imputado; las medidas personales, en tanto están prefiguradas para asegurar la presencia física del imputado, no guardan correspondencia con el objeto civil del proceso. Una excepción a esta regla, es el requerimiento de mandato de detención contra el imputado en situación de comparecencia cuando haya variado los presupuestos que determinaron su imposición (art. 139º CPP). Empero, es de tener presente que si la víctima tiene un derecho a la verdad, a lograr el esclarecimiento de los hechos delictivos en su agravio, y si para conseguir la reparación civil requiere que se acredite el delito en su agravio y la culpabilidad del imputado, es de recibo reconocer que está legitimada para instar medidas personales en cuanto tiendan a evitar la pérdida de eficacia del mismo: sin la presencia del reo se dificulta el iter de la causa, si el procesado no es asegurado puede producir conductas dañosas en orden a la investigación y a los medios de prueba.

Otra nota distintiva del procedimiento de protección provisional es la ausencia de debate contradictorio para dictar una medida provisional, incluida en nuestro derecho procesal por el art. 314º, segundo párrafo, del Código de 1991. Sin embargo, dicha norma no impone el

dictado de esta medida sin audiencia de parte en todos los casos, sino cuando este traslado o audiencia "*...hiciera peligrar su finalidad*".

Lo expuesto obliga a imponer el traslado previo a la resolución sobre la medida, siempre y cuando el contradictorio no haga ineficaz o ponga en serio riesgo la efectividad de la medida. Un tema de especial discusión radica en la imposición de la prisión preventiva, desde que en aquellos modelos legislativos que tienen en primer lugar una detención dictada por el juez penal y, luego, una prisión provisional –como era el caso del modelo originario del Código de Procedimientos Penales de 1940–, es absolutamente imprescindible, vistas sus consecuencias, el previo traslado y debate para acordarlo.

Resulta interesante al respecto, en atención a la introducción del principio de contradicción, lo dispuesto por la Ley Orgánica española 5/1995, de 22 de mayo, que incorporó una norma al art. 504º a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la bis 2. Allí se establece que en el plazo de 72 horas de que el imputado contra quien el juez hubiere dictado mandato de detención fuere puesto a disposición del Juez, se citará a una audiencia con la asistencia de las partes, en la cual se ofrecerán las pruebas que puedan practicarse en el acto o dentro de las 24 horas, sin rebasar nunca las 72 horas, luego de lo cual el juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisional. Si ninguna de las partes lo instare, el juez necesariamente acordará la cesación de la detención.

La norma en referencia no sólo respeta el principio de contradicción, a través de una audiencia formal con asistencia de las partes, sino asume el principio de demanda o petición de parte: si las partes no instan la prisión preventiva, el juez debe acordar la cesación de la detención. El principio acusatorio, de este modo, se ve claramente reforzado y, con él, el principio del debido proceso (art. 139º.3 de la Constitución).

CAPÍTULO XXXVII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES PERSONALES

SUMARIO: **I.** Aspectos generales. **II.** Condición general de la privación de la libertad personal. **III.** La detención imputativa o preliminar. 1. Configuración jurídica. 2. Detención preliminar policial. 3. La detención preliminar judicial. **IV.** La prisión preventiva. 1. Concepto y sujetos activos habilitados. 2. Naturaleza y funciones de la prisión preventiva. 3. Principios y motivos de la prisión preventiva. 4. La prisión preventiva en la legislación nacional. 5. Modalidades de la prisión preventiva. 6. Plazo de la prisión preventiva. 7. Recursos contra la prisión preventiva. 8. Prisión preventiva y parámetros de los cuatro años. **V.** La comparecencia. 1. Aspectos generales. 2. La comparecencia simple. 3. Comparecencia restrictiva. **VI.** El impedimento de salida o arraigo. **VII.** La medida de internamiento provisional del anormal psíquico. **VIII.** Medidas de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación. 1. La legislación de protección frente a la violencia familiar. 2. Carácter y naturaleza de las medidas. 3. Presupuestos. 4. Características y procedimiento. **IX.** La suspensión provisional de derechos.

I. ASPECTOS GENERALES

Constituye una afirmación esencial en el moderno constitucionalismo que la libertad personal es uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía axiológica; sólo el derecho a la vida lo supera. Por consiguiente, la garantía de la libertad se erige como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho. En este orden de ideas, el art. 2º.24 de la Constitución consagra a la libertad y la seguridad personales como derechos fundamentales, que sólo se pueden restringir por expresa disposición jurídica con rango de ley.

Apunta GIMENO SENDRA que de los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el más preciado,

siendo ésta la razón de su más contundente reconocimiento y refinada reglamentación [39]. En esta perspectiva, la privación de la libertad personal es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que, como resalta ANDRÉS IBÁÑEZ, "*...incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica*" [40].

El origen de este derecho fundamental, ha sostenido el Tribunal Constitucional (STC, Exp. Nº 992-92-HC/TC, Asunto "Epifanio Pérez Tapia", de 17 de junio de 1998) [41] está en la dignidad humana, de modo que como seguridad de su reconocimiento tiene una naturaleza expansiva. Por ello es que tanto las Constituciones nacionales cuanto los Tratados sobre Derechos Humanos, siguiendo a GIMENO SENDRA, configuran de tal manera el derecho a la libertad personal, que la actividad de los tribunales no permanece a un mero nivel de control *a posteriori* de los actos del Poder Ejecutivo –en concreto de la Policía o de otro órgano que carece de potestad jurisdiccional–, al punto que el denominado principio de "*autotutela administrativa*" no puede alcanzar la privación de la libertad personal, pues a la Administración le está vedado dictar acto alguno que pudiera limitar su libre ejercicio; los Tribunales, en suma ostentan no sólo la última, sino también la primera palabra.

Cuando los Tratados sobre Derechos Humanos y las Constituciones nacionales hacen referencia a la "*libertad personal*" y a la "*seguridad personal*", ello significa –al decir de FAÚNDEZ LEDESMA–, respecto a la primera noción, la libertad de movimiento efectiva de la persona; y, en lo atinente a la segunda noción, la condición de que esa libertad se encuentre protegida en la ley, la cual debe satisfacer ciertos estándares vinculados a hacer predecible cualquier privación de libertad y evitar la arbitrariedad en su interpretación [42]. En esta misma línea NEWMAN y VASAK indican que el derecho a la libertad es un estado que se disfruta en el momento presente, mientras que el derecho a la seguridad añade la certi-

---

[39] GIMENO SENDRA, Vicente: *El proceso de hábeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 15.

[40] ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto: *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1996, p. 19.

[41] *El Peruano*, Lima, 24 de septiembre de 1998, pp. 1202-1203.

[42] FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: "Derecho a la libertad y seguridad personal", en: *Lecturas Constitucionales Andinas*, Nº 1, Lima, 1991, pp. 144, 150-151.

dumbre de que ese estado continuará disfrutándose, aunque aclaran que el Estado debe tener la capacidad de defenderse contra quienes dificulten o impidan el orden social, del que es garante, recurriendo a privarles de su libertad [43].

En tanto se entiende, como es obvio, que la privación de libertad es una limitación de un derecho fundamental, por ejemplo la doctrina jurisprudencial del TEDH ha venido sosteniendo reiteradamente que si bien la libertad personal es limitable (STEDH, Asunto "Buckley", de 25 de setiembre de 1969), tal limitación ha de ser equitativa, siempre y cuando se respeten determinadas condiciones expresas adecuadas al fin (STEDH, Asunto "Handyside", de 7 de diciembre de 1976). La CIDH, por su parte, tiene dicho que el Estado está obligado a no restringir la libertad más allá de los límites "estrictamente necesarios", y que en sede penal, tiene un carácter *cautelar* (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 77). De modo más general, la CIDH ha fijado las siguientes condiciones para una correcta restricción de los Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, Asunto "Expresión *leyes*" en el art. 30º de la Convención): 1) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que estos permitan; 2) Que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas; y, 3) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas. La CIDH, en un asunto contencioso (SCIDH, Asunto "Gangaram Panday", de 21 de enero de 94), precisó que las restricciones, aun cuando se amparen en una ley, no pueden ser irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad. Como dice la Comisión Andina de Juristas, las restricciones requieren de leyes que en última instancia no contradigan el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos [44]. La proporcionalidad es un canon necesario cuando se limita derechos y requiere que una actuación pública coercitiva sea conducente, necesaria y adecuada al fin propuesto.

---

[43] NEWMAN-VASAK: *Ensayos sobre Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, p. 237.

[44] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, pp. 40-41.

Este cuidado que debe adoptarse cuando se trata de la libertad personal, obliga a estimar, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC, Asunto "Sihuay Morales", de 11 de abril de 2001, FJ 2) una interpretación de las normas concernidas de manera teleológica, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual, proscribiendo que por vía judicial se incorporen supuestos de detención no contemplados en la ley.

Todos estos condicionamientos y cuidados para privar del derecho a la libertad a una persona, parten como es lógico de una directiva fundamental: no habrá de ser la regla en un proceso penal (Cfr.: art. 9º.3 PIDCP), esto es, del principio de excepcionalidad. Si bien dicha norma no ha sido incorporada a la CADH, la CoIDH la ha reconocido insistiendo que la libertad del procesado debe ser la regla, subrayando que la naturaleza excepcional de la privación de la misma se sustenta en las siguientes razones: el derecho preeminente a la libertad personal; y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia, y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa (Informe CoIDH 12/96, párr. 84). A partir de allí, igualmente, se considera –especialmente la CoIDH– que la detención imputativa o la prisión preventiva reviste suma gravedad, por lo que es del caso rodearla de las máximas garantías jurídicas, en tanto que se aísla al imputado y se le separa forzosamente de su familia y de su ámbito laboral; se entorpece el ejercicio de su derecho de defensa, limitándole la posibilidad de presentar pruebas y contra-argumentos, así como de estructurar y preparar su defensa, al punto que si la privación de libertad dura mucho el tribunal tiende a concebir que está frente a culpables (Informes 2/97, párrs. 7, 48 y 49; y,12/96, párrs. 78, 81y 83).

En rigor, como apunta BONAVOLONTÀ, para decidir la privación de la libertad personal, se debe tener en cuenta: **1.** La naturaleza y el grado de la exigencia cautelar que debe satisfacerse en el caso concreto (*principio de gradualidad*); **2.** La gravedad y dañosidad social del delito objeto del proceso penal (*principio de razonabilidad*); **3.** La prioridad que debe darse a la aplicación de medidas menos lesivas a los derechos, en tanto resulten adecuadas al fin asegurativo de la institución, y que, en caso de trasgresión de las prescripciones impuestas al imputado, la sustitución o la acumulación por otras medidas más graves se hará teniendo en cuen-

ta la entidad de la violación, así como el motivo y las circunstancias de la misma (*principios de discrecionalidad y adecuación*) [45].

II. CONDICIÓN GENERAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

El art. 7º CADH, en la medida que en nuestro ámbito regional es la norma matriz de la protección de la libertad personal, luego de reconocer taxativamente ese derecho en el inc. 1º, en tanto exigencia fundamental tutelada –en palabras de PEDRAZ PENALVA– establece, en primer lugar (inc. 2), que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; y, en segundo lugar (inc. 3º) que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

La CADH, a diferencia del CEDH, no delimita las hipótesis que autorizan la privación de la libertad. Es obvio que una –sólo una– causa legítima, de las muchas existentes, es la "*detención por razones de punibilidad*", la cual está vinculada, de un lado, a la imposición de una pena de prisión como consecuencia de la comisión de un delito, y, de otro lado, a la necesidad de poner una persona a disposición judicial bajo cargos de comisión de un delito y de mantenerla en esa condición durante la pendencia de la causa. De inicio es de precisar que cuando se invoca esta modalidad de detención, como decidió el TEDH, (1) no sólo se requiere acudir a una interpretación estricta, sino que (2) únicamente es aceptable en el marco de un proceso penal, y (3) no está permitido hacer uso de medidas de prevención aún con objetivos tan trascendentales como la lucha contra la delincuencia organizada (STEDH, Asunto "Ciulla", de 22 de febrero de 1989, párrs. 38 y 41; STEDH, "De Jong, Baljet y Van Den Brink", párr. 44; STEDH, "Boumar", de 29 de febrero de 1988, párr. 43; y, STEDH, "Guzzardi", de 6 de noviembre de 1980. párr. 102).

Desde esta perspectiva, la Constitución nacional en el art. 2º.24.'f' sólo reconoce, con fines de punibilidad, la detención efectuada por la

---

[45] BONAVOLONTÁ, Luigi: *Nuovo manuale di procedimiento penale*, Pirola Editore, Milano, 1994, p. 83.

policía de oficio, limitándola a la flagrancia delictiva, noción que recién fue definida en el art. 4º de la Ley Nº 27934, de 12 de febrero de 2003, y la detención por mandato escrito y motivado del juez, lo que ha sido consolidado por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias [46].

Existen, reitero, otros ámbitos legítimos de privación de libertad, que según el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas están vinculados por ejemplo al control de la inmigración, a motivos de salubridad pública, a catástrofes o a la protección del orden público (Observación General Nº 8, NN.UU: HRI/GEN/1, de 4 de setiembre de 1992). En estos casos se está frente, siguiendo a HERRERO TEJEDOR, a las denominadas detenciones funcional-operativa, funcional-preventiva y procedimental-administrativa para fines extradicionales [47].

Desde una perspectiva general, es de tener presente, en primer lugar, el requisito de constitucionalidad y de legalidad tanto para establecer quién puede privar de la libertad a una persona, como para determinar los motivos –razones– y procedimientos legitimantes; y, en segundo lugar, la exigencia de evitar detenciones o encarcelamientos arbitrarios.

La ley es la que debe fijar los motivos y el procedimiento a utilizarse para restringir la libertad personal. La expresión "*ley*" ha sido definida por la CIDH (*vid.* OC 6/86, *ibid.*, párr. 24) como una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes. Esta expresión, sin embargo, aun cuando asume una concepción formal de ley, posteriormente en el párr. 36 es matizada en el sentido "... [que] *este planteamiento no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones se encuentren autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada se encuentre sujeto a controles*

[46] Por todas: STC, Exp. Nº 828-97-HC/TC, Asunto "Rosa Villegas Rubio", 15 de abril de 1998, FJ2; Exp. Nº 580-96-HC/TC, Asunto "Sonia Pajuelo Delzo", 24 de abril de 1998, FJ1 (CARPIO MARCOS, Edgar: *Selección de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 410-415).

[47] HERRERO TEJEDOR, César: *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 18-23.

eficaces, de manera que no desvirtúe, ni puede utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la CADH". La Ley, en todo caso, debe tener un contenido material de modo que satisfaga un principio elemental de toda medida coercitiva: la *primacía de la ley y del derecho*, en cuya virtud la ley deberá prever y fijar los requisitos y las consecuencias jurídicas de cada autorización de intervención [48].

La CADH no establece la autoridad competente para ordenar una privación de libertad. Son las Constituciones o las Leyes las que lo hacen. Pero, en todo caso, el sujeto activo de la medida debe ser una autoridad pública habilitada por la ley para hacerlo; por lo general la practican los jueces, y los fiscales o los policías, estos últimos bajo condiciones muy limitadas o razones de urgencia, que es lo que constituye una *reserva legal de competencia coercitiva*. Es de entender, como apunta SCHLÜCHTER, que las limitaciones por razones de persecución penal constituyen actos de autoridad que interfieren o intervienen derechos fundamentales de una persona contra la voluntad del afectado [49], por lo que el sujeto que las imponga debe estar expresamente habilitado por la ley para hacerlo y formar parte de un cuerpo funcionarial concreto.

Asimismo, una privación de libertad es admisible en tanto se ajusta al ordenamiento jurídico interno, al procedimiento establecido por la ley. Aclara en este punto PEDRAZ PANALVA que la "*regularidad*" de la privación de libertad exige no sólo que sea conforme a la norma procesal sino también a la material. La CIDH, en la SCIDH, Asunto "Gangaram Panday", de 21 de enero de 1994, párr. 47, insiste en este punto, al decir "... *nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)...*". Ello importa que los órganos supranacionales –como se anotó en la STEDH, Asunto "Müller", de 24 de mayo de 1988, párr. 32–, ponderarán la legalidad de las medidas normativas adoptadas, la justificación del Estado al decretarlas, como también la necesidad específica en su concreta aplicación aun por órganos jurisdiccionales. No sólo se trata de que la ley determine con claridad los supuestos que habiliten una privación de libertad, sino que –como aclaró el TEDH:

---

[48] SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 65.

[49] SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 64.

Asunto "Weeks", de 2 de marzo de 1987, párr. 42– es menester justificar su estricta conformidad al objetivo concreto perseguido mediante esa restricción; análisis general que no sólo es requerible en el momento inicial de la adopción de la medida sino que ha de subsistir durante todo el tiempo de su permanencia [50].

La privación de libertad no ha de ser *arbitraria*, concepto que es más amplio que detención ilegal, pues comprende supuestos de detención amparados en una ley, pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos. De conformidad, parcialmente, con lo establecido por el Comité de Derechos Humanos (Informe Nº 44/79, párr. 17), una detención será arbitraria cuando se dicte "*...conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad*"; no consideramos que sea arbitraria una detención dictada por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, pues en ese caso –según la propia dicción de la frase– se tratará de una detención ilegal.

Cabe destacar, conjuntamente con O'DONNELL, quien se apoya en las decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que las limitaciones a la libertad personal sólo son aquellas que prevé la ley, la misma que se dictará con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias del orden público y el bienestar general de una sociedad democrática, por lo que cualquier ley sobre detención o prisión que sea contraria a ese fin debe considerarse objetable desde el punto de vista de los arts. 9º y 29º, párr. 2, de la Declaración Universal [51].

Hoy en día existe un consenso básico en que el Estado tiene el deber social de combatir la delincuencia, de garantizar la seguridad ciudadana; a este propósito sirve el proceso penal. Desde esta perspectiva, ROXIN apunta lo siguiente: 1) Que para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual*, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal; 2) Que la privación de libertad, entre la que destaca la prisión preventi-

---

[50] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *El derecho a la libertad y seguridad –art. 5º del CEDH–*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 98-101.

[51] O'DONNELL, Daniel: *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 125.

va, es la injerencia más grave en la libertad individual, la cual –insiste– deviene indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente; y, 3) Que el principio de proporcionalidad, de relevancia constitucional, permite configurar la privación de libertad a lo estrictamente necesario, articulando sus finalidades y presupuestos de modo tal que asegure el orden a través de la persecución penal y proteja la esfera de libertad del ciudadano [52].

III. LA DETENCIÓN IMPUTATIVA O PRELIMINAR

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA

Un primer supuesto de privación de libertad, por razones vinculadas a la persecución penal, es la denominada por MORENO CATENA "*detención imputativa*" y que, en nuestro país, las Leyes Nº 27379 (art. 2º.1) y 27935 (art. 2º), denominaron "*detención preliminar*", que a su vez comprende la policial y la judicial. Se trata de toda privación de libertad deambulatoria de duración muy breve dispuesta por la autoridad judicial –que, entendida en sentido lato, comprende al Poder Judicial y a la Fiscalía (que en el Perú está excluida de dictarla) o la Policía en funciones de Policía Judicial–, en los casos previstos legalmente y que tiene como única finalidad asegurar la persona del presunto responsable de una infracción penal investigada. Su finalidad, en tanto se vincula a la comisión de un delito, consiste en poner al detenido a disposición de la autoridad judicial para que ésta acuerde respecto de él lo que estime procedente: no se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso; se trata, por tanto, de una medida precautelar [53].

Sus notas características son las siguientes: **a)** tiene un carácter preventivo –en función del plazo y de su objeto–; **b)** constituye una situación de efectiva privación de libertad deambulatoria; y, **c)** es una verdadera medida provisional penal con funciones esencialmente cautelares, al basarse sobre la imputación de un delito, al imponerse únicamente al

---

[52] ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 249, 257.258.

[53] BANACLOCHE PALAO, Julio: *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 292-293.

sujeto reputado responsable de la misma, y al estar preordenada en función de la incoación de un proceso penal para garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* [54].

Cabe aclarar, desde el Derecho procesal penal, que hoy en día se entiende, a los efectos de la protección de los derechos humanos y de la garantía de los estándares mínimos previstos en los arts. 14º del PIDCP y 8º de la CADH –expresión que importa la existencia de mínimos que obligatoriamente deben regir en cualquier modelo de proceso penal–, que éstos rigen –como puntualiza TIEDEMANN– desde el inicio del proceso, con lo que se evita fraudes de ley y abusos; y que el "*inicio del proceso*" no depende de una resolución formal del juez o de la fiscalía, sino de la efectiva admisión de una investigación –incluyendo la propiamente policial– dirigida contra el sospechoso de haber cometido un delito [55]. Por ello es que el fenómeno de la privación de libertad con fines de punibilidad necesariamente comprende un análisis tanto de la *detención imputativa* o *preliminar* cuanto de la *prisión preventiva* –según la denominación utilizada por el PIDCP, art. 9º.3–.

La detención imputativa o preliminar debe estar prevista taxativamente en la ley –adoptarse en los casos previstos en la ley– y, como regla, se permite que pueda dictarla la Policía, en funciones de Policía Judicial, en tanto que en tal función actúa como órgano auxiliar de la justicia penal. Como enseña ARAGONESES MARTÍNEZ [56], la detención puede dictarse hasta en tres momentos:

1) *Con carácter previo a la incoación del proceso penal*, en cuyo caso –en palabras de FOSCHINI y DE LUCA– será *pre-procesal* y *pre-cautelar* y, como dice GIMENO SENDRA, será *provisionalísima* –es la más transitoria de las medidas cautelares personales– y *precautelar*, dado que será o no confirmada por la autoridad judicial al momento de decidir la incoación formal de la instrucción o, según los modelos, la prisión preventiva [57]. En este caso,

---

[54] MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. II, p. 1559.

[55] TIEDEMANN, Klaus: "Trece tesis para un Derecho procesal moderno orientado en los Derechos Humanos", en su: *Derecho Penal y Constitución*, Palestra, Lima, 2003, p. 207.

[56] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 392.

[57] GIMENO SENDRA: *El proceso de hábeas corpus*, cit., p. 28.

la autoridad que detuvo –que en nuestro país sólo puede ser la Policía– practicará las diligencias más urgentes –propias de un brevísimo plazo permitido y bajo conducción fiscal, como señala el art. 1º de la Ley Nº 27934–, a fin de que en su día el Juez decida la libertad o la prisión preventiva. Este tipo de detención presenta dos modalidades: la *detención preliminar policial* y *la detención preliminar judicial u ordenada*. La primera es practicada directamente por la policía sin que exista orden judicial que así se lo mande (art. 2º.24.f Const.), mientras que la segunda es la ejecutada por la Policía en cumplimiento de una orden previa del juez (art. 2º.24.f Const., art. 2º Ley Nº 27934 y art. 2º.1 Ley Nº 27379).

2) *Durante la tramitación del proceso.* En este tipo de detención, una modalidad es la denominada por la doctrina *"detención judicial confirmatoria"*, que el CPP de 1940 denominó *"detención provisional"* (*vid.* derogados arts. 81º-84º), que se presenta cuando la dicta el Juez, estando ya el imputado bajo su disposición, a fin de decidir su situación procesal en un plazo predeterminado legalmente [58], en el cual se llevarán a cabo actos de investigación de urgencia imprescindibles para decidir su situación jurídica. Esta modalidad de detención, lamentablemente, fue eliminada de nuestro ordenamiento procesal por la Ley Nº 24388, de 6 de diciembre de 1985. Otras modalidades serían, la "*detención por rebeldía penal*", de quien ha sido citado para una diligencia y no asiste injustificadamente; y, la "*detención contra el testigo perjuro*" (*vid.* art. 257º CPP 1940).

3) *Concluido el proceso,* como serían los casos del condenado que fuga de un establecimiento penal o del condenado a pena privativa de libertad efectiva que se fuga cuando ésta es decretada. Este tipo de detención, en rigor, no sería precautelar, tampoco cautelar, sino ejecutiva; y, por tanto, es de excluirse de la noción de detención imputativa o preliminar.

Esta medida, dictada por razones de urgencia, requiere –en el caso de los supuestos 1) y 2)– de dos presupuestos puntuales: la imputación o *fumus delicti* –en palabras de GUARINELLO– y el *periculum libertatis* –en palabras de CORDERO–. La primera se traduce –como recuerda PEDRAZ PENALVA, siguiendo la jurisprudencia del TEDH (STEDH, Asunto "Fox, Campbell y Hartley", de 30 de agosto de 1990 párrs. 31 y 32; STEDH, Asunto "Brogan y otros", de 29 de noviembre de 1998, párr. 59)– en la presen-

[58] BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones*, cit., p. 374.

cia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un delito sancionable con pena privativa de libertad; que la plausibilidad de las sospechas, en tanto elemento esencial, connota la de hechos o informaciones suficientes (propias) para persuadir a un observador objetivo de que ese individuo concreto puede haber cometido una infracción, lo que dependerá del conjunto de circunstancias en cada caso [59].

El peligro de fuga o *periculum libertatis*, es el riesgo fundado de que el detenido no comparecerá ante el órgano jurisdiccional, para lo cual se ha de presumir que el implicado se sustraerá de la actividad de la justicia. Se trata de un baremo, cumplido el primer presupuesto, que otorga un margen de apreciación para acordar la detención, para lo cual –precisa GIMENO– es de tener en cuenta, de un lado, la especial gravedad del delito imputado y, de otro lado, de no tratarse de un delito grave, las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado, tales como sus antecedentes, ausencia de domicilio fijo, etc. [60]

Desde el punto de vista de la función que cumple, ORTELLS RAMOS nos dice que si se toma en consideración el plazo fijado –muy breve– y el tiempo necesario para realizar las averiguaciones sustanciales tendentes al esclarecimiento de los hechos, no se justifica que dicha medida sea un medio para posibilitar o facilitar esas averiguaciones, porque esa finalidad no se recoge en los presupuestos de la detención [61].

2. DETENCIÓN PRELIMINAR POLICIAL

El art. 2º.24.'f') de la Constitución autoriza la detención preliminar policial siempre que el afectado sea capturado en flagrante delito. La Constitución no reconoce a otra autoridad, fuera del Juez y de la Policía, que pueda ordenar la privación de la libertad de una persona, salvo –claro está– los supuestos de estado de excepción constitucional, en que

---

[59] PEDRAZ PENALVA: *El derecho a la libertad y seguridad –art. 5ª del CEDH–*, cit., pp. 112-113.

[60] CIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 4, pp. 77-78.

[61] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 445.

la privación de la libertad puede provenir de autoridades políticas encargadas del control del orden público (art. 137º Const.). Por consiguiente, las detenciones masivas producidas en las denominadas "órdenes de operaciones", sin tener como base una imputación delictiva o la declaración de un régimen de excepción, son absolutamente arbitrarias conforme lo ha declarado el Tribunal Constitucional [62].

La autorización de detención, una vez ejecutada, según la doctrina del Tribunal Constitucional, debe ser puesta en conocimiento del Fiscal respectivo y del Juez Penal correspondiente, para que, en su caso, procedan de acuerdo a su competencia. Con ello, enfatiza el Tribunal Constitucional, se evita el secreto de las detenciones y la posible incomunicación del detenido, que en cuanto a tiempo y forma debe estar previamente previsto en la ley [63]. Es de aclarar que la comunicación conjunta al Fiscal y al Juez sólo se exige en los casos de terrorismo, tráfico de drogas y espionaje, según lo prevé expresamente el último párrafo del art. 2º.24.'f') de la Constitución, y que toda detención policial debe ser comunicada al Fiscal dentro de las 24 horas, tal como lo dispone el art. 10º de la LOMP.

La flagrancia delictiva, como apunta GARBERÍ LLOBREGAT, es una de las formas en que puede manifestarse exteriormente el delito, y en tal sentido el *delito flagrante* se contrapone al *delito clandestino* [64]. La Constitución no define la flagrancia delictiva. Es un concepto, sin duda alguna, dejado al legislador ordinario, aunque su regulación no puede desconocer su contenido esencial [65]. Inicialmente el art. 81º.1 CPP 1940 –derogado por una nueva configuración de la detención– incorporó una definición de flagrancia muy estricta, pues sólo se refirió a dos

---

[62] STC, Exp. Nº 1045-99-HC/TC, 9 de diciembre de 1999 (*El Peruano*, Lima, 16 de marzo de 2000, pp. 2801-2802).

[63] STC, Exp. Nº 992-96-HC/TC, Asunto "Epifanio Pérez Tapia", de 17 de junio de 1998 (*El Peruano*, Lima, 24 de setiembre de 1998, pp. 1202-1203).

[64] GARBERÍ LLOBREGAT, José: "La flagrancia habilitadora de la entrada y registro", en: *Colex*, Nº 8, noviembre-diciembre, Madrid, 1993, pp. 97-98.

[65] Etimológicamente, el adjetivo *flagrante* deriva del latín *flagrans-flagrantis*, participio presente del verbo *flagro*, que significa quemar o arder, y por lo tanto *flagrante* es propiamente lo que está ardiendo, en el sentido de aquello que se presente a la percepción sensorial de modo inequívoco (RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pp. 110-111).

supuestos: ser sorprendido y capturado en el acto de la perpetración del delito, y ser visto en esas circunstancias y huir, siendo capturado en el transcurso de la persecución inmediata, noción que en una ocasión fue invocada por la Corte Suprema en la Ejecutoria recaída en el Asunto "Larriega Huamán", de 17 de febrero de 1984 [66].

El art. 4º de la Ley Nº 27934, siguiendo el modelo del art. 106º.8, segundo párrafo, del CPP 1991, contiene una definición más amplia de la flagrancia, al incorporar como tercer supuesto la "*cuasi flagrancia*", esto es, cuando el autor es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutar un delito; modalidad que si bien en una ocasión no fue aceptada por el Tribunal Constitucional [67], constituye un supuesto lógico y razonable de limitación legítima a la libertad personal.

Lo esencial de la institución analizada estriba, explican RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU, en que está necesariamente vinculada con aquellas situaciones fácticas en las que queda excusada la autorización judicial, precisamente, porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención para evitar: la consumación del delito que se está cometiendo, el agotamiento del ya cometido; o la fuga o desaparición del delincuente o de los efectos del delito [68]. Desde esta perspectiva, con ARAGONESES MARTÍNEZ, es de postular que la flagrancia presenta tres requisitos insustituibles: 1) *inmediatez temporal*, que el delito se esté cometiendo o que haya sido cometido instantes antes; 2) *inmediatez personal*, que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el

---

[66] Exp. Nº 318-84. Lima (Inédita).

[67] STC, Exp. Nº 1318-2000-HC/TC, Asunto "Cornelio Lino Flores", de 19 de enero de 2001 (*El Peruano*, 13 de abril de 2001, pp. 4003-4004). Por lo demás, tan limitada concepción no ha sido repetida por el Tribunal Constitucional –siendo de señalar al respecto una concepción muy amplia que el Alto Tribunal utilizó en la STC, Exp. Nº 357-98-HC/TC, 23 de octubre de 1998 (*El Peruano*, Lima, 13 de diciembre de 1998, p. 1465)–. La doctrina nacional es opuesta a semejante concepción restrictiva (cfr.: ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Alternativas, Lima, 1999, pp. 345-347), al igual que el derecho comparado (por todos: art. 236º CPP de Costa Rica de 1996) y, por ejemplo, la jurisprudencia española (STCE 341/1993, de 18 de noviembre).

[68] RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgiun Editor, Madrid, 2000, p. 206.

hecho; y, 3) *necesidad urgente*, que determina la intervención imperiosa de la policía con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo caso la posible propagación del mal que la infracción acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos [69].

La flagrancia delictiva se exige para toda modalidad delictiva, incluidos los denominados "delitos exceptuados": tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, tal como claramente ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional en los Asuntos "Francisca Acosta Agüero" y "Manuel Santiago Solari Margan y otros" [70].

La detención preliminar policial tiene un plazo de 24 horas –modelo que se inició con la Constitución de 1856– o en el término de la distancia. El denominado "término de la distancia" está en función a la lejanía del lugar de la detención con respecto a la sede judicial, y se añade al término de 24 horas. Corresponde al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la elaboración del Cuadro de Término de la Distancia, con arreglo al art. 82º.7 del TUO de la LOPJ.

Este plazo se extiende hasta 15 días –en el que ya no rige el término de la distancia– en tres delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, amplitud que se inició con la Constitución de 1979 y, antes, con la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, Decreto Ley Nº 22095, de 21 de febrero de 1978. En este caso, la Constitución incorpora dos garantías adicionales: 1) que la medida sea comunicada inmediatamente al Fiscal y al Juez y, 2) que el juez puede asumir jurisdicción antes de vencido ese término, norma última que hasta la fecha no ha sido desarrollada por la legislación vigente, aunque el CPP de 1991, en sus arts. 108º y 109º, desarrolló el poder de control del Fiscal cuando la

---

[69] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., pp. 366-367.

[70] STC, Exp. Nº 1004-98-HC/TC, de 2 de julio de 1998 (*El Peruano*, Lima, 23 de setiembre de 1998); STC, Exp. Nº 596-98-HC/TC, de 18 de junio de 1998. Otras decisiones son: STC, Exp. Nº 468-98-HC/TC, Asunto "Ricardo Quintanilla Cárdenas" (*El Peruano*, Lima, de 22 de julio de 1999, pp. 1889-1890); STC, Exp. Nº 185-95-HC/TC, Asunto "Andrés Justiniano Tacca Hancco y otros", de 7 de mayo de 1998 (*El Peruano*, Lima 13 de agosto de 1998, pp. 1007-1008); STC, Exp. Nº 1107-99-HC/TC, Asunto "Silvestre Uscamayta Estofanero", de 1 de diciembre de 1999 (*El Peruano*, 26 de julio de 2000, pp. 3263-3264); y, STC, Exp. Nº 121-2000-HC/TC, Asunto "Gerardo Joaquín Rodrigo Mamani", 7 de abril de 2000 (*El Peruano*, Lima, de 20 de julio de 2000, pp. 3237-3238).

Policía comunica la detención de una persona y las atribuciones judiciales en los delitos en cuestión para la decisión de "asumir jurisdicción" en el caso.

En cuanto a la lógica del plazo de detención es de tener en cuenta que su lógica, por mor del principio de proporcionalidad, debe concebirse como aquél estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos. Enseña Gimeno Sendra, que por *esclarecimiento de los hechos* "...no cabe entender la realización de la totalidad de los actos de investigación, que constituyen la función de la fase instructora [...]. Por dicho concepto hay que entender la práctica de aquellos actos de investigación, propios de las diligencias policiales que [...] son exclusivamente estos dos: el *reconocimiento de identidad* y la *declaración del detenido* [...]. Recientemente el Tribunal Constitucional (STC Nº 224/1998) ha podido afirmar que ese tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal, que la norma constitucional no consiente. A tal efecto deberán tener en cuenta, como han establecido las SSTC 31/1996 y 86/1996, las circunstancias del caso y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida" [71].

La imputación, como eje esencial del *fumus delicti*, no es el único presupuesto material de la detención preliminar policial. Aun cuando no lo explicita la Constitución, siguiendo a Gimeno Sendra, *el peligro de fuga* constituye el segundo y necesario presupuesto material, en cuya virtud es de presumir que el presunto implicado se sustraerá de la actividad de la justicia. Para apreciar este peligro, enfatiza Gimeno Sendra, habrá de tener en cuenta, de un lado, la especial gravedad del delito imputado –de hecho la detención está proscrita en las simples faltas, pues de ellas se deduce un mínimo peligro de fuga– y, de otro lado, que

[71] Gimeno Sendra *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 79.

sin tenerla, pueda el policía advertir el peligro de fuga, de las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado (v. gr.: antecedentes, ausencia de domicilio fijo, etc.) [72]. Según ARANGÜENA FANEGO, este peligro, el peligro de retraso (*periculum in mora*), adopta en el proceso penal en relación con las medidas personales la denominación más adecuada de *periculum libertatis*, el cual es el fundamento mismo de las medidas en cuestión, pues tratándose de medidas preprocesales (en rigor, precautelares) están orientadas a la futura actuación del *ius puniendi*, y persiguen que el procedimiento de ejecución no se frustre [73]. Acota ORTELLS RAMOS que el citado presupuesto se configura como un peligro de no comparecencia ante el órgano jurisdiccional, medida que no se justifica si se la utiliza como un medio para posibilitar o facilitar las averiguaciones, dado que tal finalidad no está recogida en los presupuestos de la detención [74].

Finalmente, la detención preliminar policial genera para la persona que se ve privada de libertad determinadas garantías en forma de derechos que pretenden asegurar el desarrollo del proceso penal conforme a los principios del Estado de Derecho. El art. 1º.8 de la Ley Nº 27934 reconoce seis derechos al detenido: presunción de inocencia, respeto de su integridad física y síquica, examen por un médico legista o quien haga sus veces, asistencia letrada, información de las razones de su detención (involucra hechos concretos que motivaron la detención, fundamentación jurídica de la imputación y deber de información jurídica de sus derechos), y comunicación con su familia, abogado u otra persona de su elección.

3. LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL

Es una modalidad de detención preliminar recientemente incorporada en el ordenamiento procesal. De modo general u ordinario está

---

[72] GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, pp. 77-78.

[73] ARANGÜENA FANEGO, Coral: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544º bis", en: *La Ley. Actualidad Penal*, XI, Madrid, 2000, p. 252.

[74] MONTERO AROCA, *et al: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 445.

prevista en el art. 2º de la Ley Nº 27934 y, extraordinariamente, para determinados delitos, está contemplada, en el art. 2º.1 de la Ley Nº 27379.

A. Detención preliminar judicial ordinaria

Los arts. 2º y 3º de la Ley Nº 27934 regulan el régimen jurídico de esta modalidad de detención preliminar judicial. Se dictan, en primer lugar, en casos de urgencia y peligro en la demora, cuando no existe flagrancia delictiva; en segundo lugar, antes del inicio formal de la investigación, esto es, de la instrucción judicial; en tercer lugar, la solicita el Fiscal al Juez Penal; en cuarto lugar, el Juez Penal cursa al efecto un mandato escrito y motivado; y, en quinto lugar, el plazo de detención no debe superar las 24 horas. La ejecución de la medida, como es obvio, corresponde a la Policía Nacional, la cual inclusive puede cursarse, mediando circunstancias extraordinarias, por correo electrónico, facsímil, teléfono u otro medio de comunicación válido "...que garantice la veracidad del mandato judicial".

Una nota característica común –o, dicho con mayor precisión, presupuesto material– de toda medida de detención preliminar judicial tiene que ver con los requisitos de urgencia y peligro en la demora, traducido este último en el *periculum libertatis*. La *urgencia* significa la obligación apremiante, en atención a las circunstancias del hecho y necesidades de la investigación iniciada o por iniciarse, de limitar el derecho a la libertad personal para asegurar a la persona del imputado, pues de otro modo se imposibilitará su aseguramiento y, con ello, se perjudicará su puesta a disposición judicial. El *periculum libertatis*, bajo ese mismo objeto, traduce la necesidad de privar de la libertad a un imputado dado que, si no se hace, existe una sospecha fundada de que hará mal uso de su libertad, alejándose del lugar de los hechos y ocultándose de la autoridad, frustrando de ese modo su puesta a disposición judicial.

La detención analizada procede, objetivamente, en todo supuesto delictivo, siempre que no se dé flagrancia delictiva, en cuyo caso no sería necesaria esta modalidad de detención; y, naturalmente, antes que se inicie la instrucción judicial, esto es, durante el curso de la investigación preliminar. Constitucionalmente, se requiere cumplir con el principio de *intervención indiciaria*, que en este caso, como ya se anotó, se traduce en la noción de "razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un delito"; asimismo, debe estar vigente el *principio de pro-*

proporcionalidad, en cuya virtud debe tratarse de un delito de determinada entidad, sancionable en todo caso con pena privativa de libertad superior a los dos años, en tanto que esa cuantía puede dar lugar a una exención de pena (art. 68º CP) o a su conversión (art. 52º CP) y, en sí misma, no importa un riesgo de privación efectiva de la libertad.

El sujeto activo de la medida sólo puede ser el Juez Penal, quien debe acordarla previa solicitud motivada del Fiscal. El Juez, necesariamente, será el que en su día deba conocer de la causa. La motivación fiscal está en función de los recaudos con que cuente, los mismos que debe acompañarlos al Juez para su decisión mediante resolución fundada. El principio de proporcionalidad permite, a su vez, que el Juez pueda dictar una medida personal distinta o menos intensa, esto es, alguna de las restricciones previstas en el art. 143º del CPP 1991, si es que no concurren los presupuestos que justifican la detención.

La resolución de detención debe dictarse de inmediato y sin necesidad de trámite alguno; el Juez debe resolver la petición fiscal, otorgando –total o parcialmente– la medida o denegándola. La Ley no precisa si esa resolución es apelable, pero entendemos que es posible hacerlo, aunque es de evaluar si por la urgencia de su expedición la impugnación devendría en abstracta y, por tanto, inoficiosa al fin perseguido.

El mandamiento de detención debe ser ejecutado por la Policía. La vía regular de comunicación de la medida es mediante oficio; empero, si las exigencias propias de la urgencia y necesidad de la medida así lo recomiendan, puede comunicarse vía correo electrónico, facsímil, teléfono y u otro medio técnico seguro.

B. Detención preliminar judicial extraordinaria

La Ley Nº 27379, de 21 de diciembre de 2000, anticipándose al modelo ordinario de detención preliminar judicial ya previsto en el CPP 1991 y recién incorporado –dos años más tarde– por la Ley Nº 27934, previó para determinados delitos y supuestos delictivos concretos la denominada "*detención preliminar judicial extraordinaria*". Sus notas características son las siguientes:

1. Sólo se aplica, de conformidad con el art. 1º de la citada Ley, en tres casos: **a)** delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utili-

zado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos; **b)** delitos de peligro común (arts. 279º, 279º-A y 279º-B CP), contra la Administración Pública (Capítulo II del Título XVIII del Libro II del CP), delitos agravados (Decreto Legislativo Nº 896), delitos aduaneros (Ley Nº 28008), y delitos tributarios (Decreto Legislativo Nº 813), siempre que –en todos esos delitos– intervengan una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal; y, **c)** delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas (art. 296º-A del CP, luego de la modificación efectuada por la Ley Nº 28002 de 17 de junio de 2003), contra la Humanidad (Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Libro II del CP), y delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (Capítulos I y II del Título XV del Libro II del CP).

2. El Presupuesto material general de esta medida, como de todas las previstas por la ley, es que se presente una situación de estricta necesidad y urgencia. Como ya se anotó, la *necesidad* exige que la detención sólo se imponga cuando resulte indispensable privar de la libertad personal al imputado para evitar el peligro de fuga, sin cuya ejecución el objetivo de aseguramiento se puede frustrar. La *urgencia* –en cierto sentido un sinónimo de la *necesidad*– denota la obligación apremiante, en atención a las circunstancias de la causa, de privar de la libertad personal para asegurar al imputado. Ambos integran el *periculum libertatis* o exigencia cautelar.

3. Desde el punto de vista singular de los concretos presupuestos materiales, se requiere que existan "*...elementos de convicción suficientes para estimar razonablemente que se ha cometido uno de los delitos previstos en el artículo 1º de la presente Ley, que la persona contra quien se dicta ha intervenido en su comisión y que se dará a la fuga u obstaculizará la actividad probatoria*". En cuanto al primer presupuesto, el *fumus delicti*, debe entenderse, como en todas las modalidades de detención, que lo que debe existir en autos es "sospechas plausibles de comisión de un delito por el imputado"; según el TEDH (STEDH, Asunto "Fox, Campbell y Hartley", de 30 de agosto de 1990), ello "...presupone la de hechos y la de datos adecuados para persuadir a un observador objetivo de que el individuo en cuestión pueda haber cometido la infracción de que se trata. Lo que pueda considerarse plausible depende, sin embargo, del conjunto de las circunstancias concurrentes". Adicionalmente, se requiere el cumplimiento del *periculum libertatis*, traducido en el peligro de fuga (función típicamente cautelar), o el peligro de obstaculización de la actividad probatoria (fun-

ción de aseguramiento de la prueba, no necesariamente cautelar). Ello puede deducirse de la gravedad del hecho, de las características de la infracción y de las calidades personales del implicado.

4. Una vez dictado el auto de detención, mediante resolución motivada en función a una petición razonada del Fiscal Provincial sobre la base de recaudos que debe adjuntar, siempre y cuando se cumplan los presupuestos materiales arriba indicados, y cursada la orden correspondiente, la ejecución corresponde a la Policía Nacional. Capturado el imputado, se le pondrá a disposición de la Fiscalía que requirió el mandato judicial. El Fiscal comunicará por escrito al reo las causas y razones de su detención. Acto seguido, le tomará su declaración, siempre que sea posible hacerlo en un plazo no superior a 24 horas, dado que puede ocurrir –entre otras posibilidades– que el reo decida no declarar, que no pueda contar con un abogado de confianza o no sea posible que se le nombre uno de oficio o que lo acepte. Finalmente, dentro del citado plazo de 24 horas, el Fiscal debe poner al detenido a disposición del Juez que dictó la medida, con todas las evidencias, actas y diligencias realizadas en ese brevísimo plazo.

5. El Juez, inmediatamente, realizará una *audiencia de examen de la detención*, con presencia del detenido, su abogado y el Fiscal. Esta diligencia, por tanto, tiene un carácter privado, no público, con exclusión de toda persona distinta de las autorizadas por la Ley. Esta diligencia judicial está destinada de modo obligatorio a verificar la identidad del reo y garantizar el ejercicio de sus derechos, y adicionalmente a examinar y resolver las incidentes que se planteen en su desarrollo. El Juez, desde esa perspectiva, está autorizado a: **1)** liberar al detenido si no es la persona contra quien se dictó la detención o cuando –como consecuencia de nuevas evidencias– se enerva el *fumus delicti* o el *periculum in mora*; **2)** modificar la detención por otra medida menos intensa (art. 143º CPP 1991), según el tenor de los indicios presentados en orden a la atribución del hecho punible y al peligrosismo procesal; o, **3)** ratificar la detención, si los nuevos indicios no enervan el mandato dictado anteriormente (no se puede cambiar de decisión con una nueva valoración realizada sobre la base exclusiva del material analizado al dictar la medida).

6. La detención no es definitiva, no causa estado. Está sometida, como toda medida provisional, a la regla del *rebus sic stantibus*, por lo que, previa *audiencia de reexamen de la detención*, el Juez puede variarla si decaen los presupuestos materiales que en su día justificaron su imposición, sea im-

poniendo una medida alternativa (*vid.* art. 143º CPP 1991), o al levantarla convirtiéndola en comparecencia simple o de mera citación cautelar.

7. Esta medida se lleva a cabo en un establecimiento policial. Su ejecución es de responsabilidad del Ministerio Público. Por ende, corresponde al Juez decidir el local policial de detención preliminar y todo cambio debe ser autorizado por él.

8. El control de la detención está reservado al Juez. Se producirá una *audiencia de control de la detención* cuando el detenido alegue una afectación del derecho de defensa o irregularidades, obviamente graves y trascendentes, durante la investigación preliminar. Si el Juez las estima fundadas –en tanto lesionan gravemente la posición jurídica del detenido y distorsionan el objetivo investigatorio, a cuya efectividad se dictó la privación de la libertad– ordenará: **a)** se comunique al superior del Fiscal las irregularidades advertidas; **b)** se concluya la investigación preliminar; o, **c)** que el Fiscal en el término de 24 horas decida la promoción de la acción penal o el archivo de las actuaciones.

9. Las decisiones que se dicten tras las audiencias de reexamen o de control de la detención, tanto aquellas que modifican la detención cuanto las que dan por concluidas las investigaciones preliminares son inimpugnables; *contrario sensu*, las que desestimen el pedido del detenido, pueden ser impugnadas (el plazo para hacerlo, según lo dispuesto en el art. 376º CPC, es de tres días).

10. La detención está sometida a un plazo improrrogable. No puede durar más de quince días. Dentro de ese límite, que será fijado por el Juez al dictar la medida, el Fiscal debe culminar la investigación preliminar, sea realizada directamente, o conducida por él con auxilio de la Policía. A su vencimiento, y en tanto no exista una resolución judicial contraria, la detención decaerá de pleno derecho y el detenido recuperará su libertad.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. CONCEPTO Y SUJETOS ACTIVOS HABILITADOS

A. Análisis interno de la prisión preventiva y fundamento constitucional

Esta medida personal está debidamente regulada en los arts. 135º y siguientes del CPP 1991. Si bien la norma, siguiendo el precedente del

Código de 1940, la denominó simplemente detención (el citado Código la llamó "*detención definitiva*", pues estableció como medida previa la "*detención provisional*", institución indebidamente eliminada por la reforma operada por la Ley Nº 24388), lo correcto es –diferenciándola de la *detención imputativa* en todas sus modalidades– llamarla "*prisión preventiva*" [75] siguiendo la nomenclatura establecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ex art. 9º.3 PIDCP). Según el art. 77º del CPP de 1940 la oportunidad en que debe dictarse es al momento de expedir el auto de apertura de instrucción. Como es obvio, quien la dicta es el Juez Penal.

La *prisión preventiva*, acudiendo a MILANS DEL BOSCH, puede definirse como la privación de libertad mediante encarcelamiento, ordenada por la autoridad judicial, de un imputado incurso en unas diligencias judiciales por delito, antes de que se haya dictado un fallo condenatorio que contenga una pena privativa de libertad, siempre que el mismo no tenga el carácter de firme, adoptada de conformidad a los presupuestos recogidos en la ley [76]. Esta privación de libertad, como apunta GIMENO SENDRA, tiene un carácter provisional y ser de una duración limitada, debiendo estar relacionada con un delito de especial gravedad [77].

Amén de lo expuesto, es preciso, siguiendo a Odone SANGUINÉ, está justificada por el principio constitucional de necesidad de actuación de los Poderes Públicos, consistente en el binomio integrado por la existencia simultánea de dos componentes: 1) El componente fáctico, representado por una situación de hecho que pone en peligro el fin esencial de la comunidad; y, 2) el componente jurídico se concretiza en el principio de justificación teleológica, que delinea y limita el primer elemento, y consiste en la existencia de fines constitucionalmente legitimadores de la prisión preventiva, y que en este caso es el deber

---

[75] El Tribunal Constitucional, en varias sentencias, la denomina "*detención judicial preventiva*" (por todas, STC, Exp. Nº 1091-2002-HC/TC, Asunto "Vicente Ignacio Silva Checa", de 12 de agosto de 2002 [*Jurisprudencia Constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, T. I, pp. 395-410]). Esta denominación es equivocada pues confunde los diferentes tipos de privación de libertad durante el proceso penal, esencialmente entre la detención preliminar judicial y la prisión preventiva propiamente dicha.

[76] MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES, Santiago: "Aspectos sustantivos de la prisión preventiva", en: *La Ley*, Año XVII, Nº 4047, 30 de mayo, Madrid, 1996, p. 1.

[77] GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 126.

estatal específico de perseguir eficazmente el delito en el ámbito del proceso penal. Los abusos, agrega el autor, se evitan con la exigencia del principio de proporcionalidad, pues la eficacia en la persecución del delito no puede imponere a costa de los derechos y libertades fundamentales; y, a su vez, el estricto cumplimiento de los fines de la medida, dirigidos a asegurar la presencia del imputado para garantizar la actuación de la pena en el proceso de ejecución, tiene como sostén el derecho a la tutela jurisdiccional [77 bis].

B. Aspectos problemáticos de la CADH

Un punto problemático planteado por la Convención Americana de Derechos Humanos consiste en que cuando en el art. 7º.5, al determinar que la detención importa la puesta del detenido a disposición judicial, lo que presupone la existencia de un proceso penal, entendido en sentido amplio, estatuye que quien decida la puesta en libertad o, como es obvio, la prisión preventiva, debe ser "*...un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...*". Ello podría significar –en principio y en una perspectiva estrictamente gramatical, visto inclusive que el inc. 6) de la CADH utiliza esta vez el vocablo "Juez o Tribunal competente"– que quien decida acerca de la detención no necesariamente debe ser un juez, titular de la potestad jurisdiccional.

Cabe acotar al respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto "Schiesser vs. Suiza" (STEDH, de 4 de diciembre de 1979, párrs. 29 y ss.), decidió por mayoría que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente al acto de juzgar, y que muy bien pueden llevarla a cabo los Fiscales, en tanto se siga para su adopción un procedimiento de "carácter judicial". Agregó el TEDH: 1) que el magistrado en cuestión debe ofrecer garantías propias para ejercer funciones judiciales en orden a las garantías que merece el arrestado, siendo la primera la independencia hacia el ejecutivo y las partes (es de resaltar, empero, que en otros fallos consideró que la Fiscalía no tiene las calidades de "independencia e imparcialidad" necesarias para desempeñar esa función: Asuntos "Borgers vs. Bélgica", STEDH, de 30 de octubre de 1991, y "Brincat vs. Italia", STEDH, de 26 de noviembre de

[77 bis] SANGUINÉ, Odone: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 72.

1992); y, 2) que ese magistrado, desde el procedimiento, debe oír personalmente al individuo que comparece ante él para la decisión respectiva, y, desde la exigencia de fondo, debe analizar las razones que actúan en pro o en contra del arresto, su continuación o variación, esto es, proceder conforme a derecho. Este fallo, desde luego, es polémico, pues los magistrados RYSSDAL y EVRIGINIS, precisaron que, amén de la independencia de la Administración, ese órgano debe ser imparcial, lo que sólo cumple un juez, más aún si el Fiscal asume una función diferente e incompatible de la del juez, como es la acusación. Dice el último: "...La incompatibilidad del Fiscal es inherente al sistema en sí y anula las cualidades jurídicas y psicológicas de independencia, objetividad e imparcialidad del órgano considerado, cualidades éstas que tiene que poseer aquél a quien (la Convención) confía la suerte de una persona privada de su libertad" [78].

Más allá de la discusión en orden a si el Fiscal puede dictar prisión preventiva –nosotros nos inclinamos por una respuesta negativa, tanto más si la Constitución nacional claramente dispone que tal medida sólo puede dictarla un Juez Penal–, un dato esencial del fallo en cuestión estriba en destacar que la imposición de la prisión preventiva requiere un procedimiento contradictorio mínimo: 1) pedido del Fiscal, en tanto es el titular del ejercicio de la acción penal o de la acusación pública, con lo que se descarta una orden de oficio que vulneraría la imparcialidad judicial; y, 2) previa audiencia al imputado, para por lo menos darle oportunidad de contestar los términos del requerimiento fiscal. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA sustenta esta exigencia en la vigencia del principio acusatorio que veda actuaciones de oficio del Juez [79]. BANACLOCHE PALAO, en esa misma perspectiva, considera que se trata de una exigencia que

---

[78] Un cambio de giro, como anota Julio BANACLOCHE PALAO ("Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el Derecho español", en: *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, p. 60), vino con la STEDH (Asunto "Huber vs. Suiza", de 23 de octubre de 1990), donde entendió que "la imparcialidad puede aparecer condicionada si se puede intervenir en el procedimiento penal ulterior en calidad de parte acusadora", posición reiterada en el Asunto "Brincat vs. Italia" (STEDH, de 26 de noviembre de 1992), donde no se admite que quien decide sobre la situación personal del detenido sea el mismo sujeto que después va a sostener la acusación.

[79] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iuri, Madrid, 1999, p. 227.

el TEDH ha consolidado en el Asunto "Kampanis vs. Grecia" (STEDH, de 25 de octubre de 1989), en función del respeto a la igualdad de armas y la participación del interesado en todos los procedimientos en los que se trate de una posible privación de libertad, exigencia que debe mantenerse cuando se trata de controlarla periódicamente o de mantenerla, y que debe ser tramitada con celeridad (STEDH, Asunto "Bezicheri", de 25 de octubre de 1989) [80].

Por otro lado, analizando la medida en sí misma desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siempre es de tener en consideración, en tanto la prisión preventiva es la limitación más gravosa, según explica BARONA VILAR, una necesaria ponderación de los intereses en juego, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y a su presunción de inocencia, y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad para la convivencia pacífica, ponderación que requiere que toda privación de libertad debe: 1) estar predeterminada por ley; 2) encontrarse justificada en la ley el fin de la privación; y, 3) tener predeterminados legalmente los presupuestos, condiciones y elementos necesarios que deben concurrir para que pueda producirse la citada privación [81].

Por ello, un problema clave, en tanto la Convención Americana de Derechos Humanos no fija los motivos o presupuestos de legitimación de una prisión preventiva, estriba en desentrañar aquellas circunstancias razonables en función del hecho delictivo y de su presunto autor que autorizan la privación de libertad del imputado con anterioridad a una sentencia condenatoria, valoradas siempre en función de un fin que la ley estima digno de protección. Esto último trae a colación una decisión trascendente en orden a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, esto es, a las funciones que cumple en un proceso penal.

2. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Una breve mirada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite establecer lo siguiente: 1) Que el art. 9º.3 del PIDCP,

---

[80] BANACLOCHE PALAO: "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el Derecho español", cit., p. 68.

[81] BARONA VILAR, Silvia: "Prisión provisional: 'sólo' una medida cautelar", en: *Actualidad Penal*, 2000, Madrid, pp. 894-895.

luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado "*peligro de fuga*". 2) Que el art. 5º.3, apartado c), de la CEDH autoriza la privación de libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción, o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometida; al respecto la Comisión Europea de Derechos Humanos (Caso "T" vs. España, Res. de 28 de junio de 1994) estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el TEDH en varias sentencias (*vid.* Asuntos "Matznetter", STEDH de 10 de noviembre de 1969; "Stogmuller", STEDH de 10 de noviembre de 1969; "Clooth", STEDH de 12 de diciembre de 1991; y "Wemhoff", STEDH de 27 de junio de 1968). 3) Que el art. 58º.1, b) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, igualmente, incorpora esta última concepción de los tres peligros: aseguramiento de la comparecencia del imputado, entorpecimiento de la actividad probatoria y reiteración delictiva. 4) En igual sentido se pronuncian los Principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párr. 2.b, lo siguiente: "Solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad".

2. Estos datos son significativos a fin de desentrañar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresamente ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Señala al respecto: "De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues *la prisión preventiva es una medida cautelar*, no punitiva" (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", párr. 77, de 12 de noviembre de 1997). Esta construcción de la prisión preventiva, sin duda, ubica la institución dentro de la tutela cautelar, que –define

ORTELLS RAMOS– está destinada a contrarrestar el riesgo de inefectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto, la cual, además, tiene como fundamento constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva [82].

3. Algo pacífica es la discusión respecto de los presupuestos materiales de la prisión preventiva referidos a los *peligros de fuga* y de *entorpecimiento*. Se asegura por un sector de la doctrina procesalista que –por lo menos con mayor intensidad el peligro de fuga– ambos peligros expresan la naturaleza cautelar de la institución. HASSEMER delimita exclusivamente los fines de la prisión preventiva a aquellos de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la misma se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento [83].

El presupuesto de *impedimento de fuga*, dice ASENCIO MELLADO, se concreta en dos datos básicos, que son el aseguramiento de la presencia del imputado el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer [84].

Al peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria GREVI lo denomina "cautela instrumental y de carácter específicamente procesal", en tanto se pretende con ella garantizar la fluidez del desarrollo del proceso, al mantener al reo a disposición del juez y evitar eventuales acciones orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables; mientras que al peligro de fuga lo denomina "cautela final", que descansa en el *periculum libertatis*, en tanto apunta a asegurar la efectividad de la decisión judicial de condena.

4. Ahora bien, la "*cautela instrumental*", como resulta evidente, no lo es en un sentido estrictamente coincidente con las medidas cautelares propias del proceso civil, dado que no asegura la efectividad de la futura sanción penal o de la reparación civil, "*... por lo que al ser una finalidad de menor entidad debe hacerse uso de ella de manera excepcional*" [85]. Desde esta

---

[82] ORTELLS RAMOS *et al.*: *Derecho procesal civil*, cit., pp. 974-975.

[83] HASSEMER, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 119.

[84] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 104.

[85] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Jurídica Continental, San José [Costa Rica], 1998, p. 541.

perspectiva, es posible considerar que ese fin de aseguramiento de la prueba no es cautelar, sino provisional –del cual el primero es sólo una de sus expresiones institucionales–, aunque es de resaltar su plena legitimidad [86]. Sin embargo, otros como CHIAVARIO llegan a decir que el aseguramiento de pruebas es la función más ortodoxa que cumple la prisión preventiva, pues no están en discusión aspectos referentes a la culpabilidad del imputado en función de la gravedad del hecho atribuido, sino criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla [87]. En contra de esta última posición se pronuncia GIMENO, pues apunta que *"...por muy nobles que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno 'no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio', prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado"* [88]. El riesgo de este "*peligro*" –sin perjuicio de que sólo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional– estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él el impulso de la investigación, y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados.

5. Por otro lado, en el Derecho procesal existe una fuerte discusión en torno a la legitimidad del *peligro de reiteración delictiva*, cuya finalidad descansa en impedir, mediante la privación de libertad, que el imputado incurra en ulteriores delitos, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquél que ha provocado la iniciación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de procesamiento.

Sabemos que en el derecho europeo esta finalidad ha sido plenamente aceptada (no sólo en la CEDH, sino en las legislaciones alemana, italiana y portuguesa, y en la jurisprudencia española conforme a la STCE, Asunto "Sotos", de 26 de julio de 1995). Es más, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha justificado la prisión preven-

---

[86] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 124.

[87] CHIAVARIO, Mario (Coord.): *Commento al nuovo Codice di Procedure Penale*, UTET, Torino, 1990, Vol. III, pp. 44-51.

[88] GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 142.

tiva por el "riesgo de la comisión de nuevos delitos", aunque recomienda para dictarla por ese motivo que se centre en la gravedad del crimen, que el peligro de reiteración sea real, y que se tenga en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado (Informe 12/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 32).

Empero, en tanto se califique de "*cautelar*" a la prisión preventiva, como lo ha hecho expresamente la CIDH en el Asunto "Suárez Rosero", tal medida privativa de la libertad deviene en inaceptable. En efecto, la función que cumple el *peligro de reiteración* no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria, ni entraña una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda la función de este motivo es *tuitiva*, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata a una legítima exigencia social de tranquilidad y seguridad, con lo cual –resalta BARONA VILAR– se erige en un instrumento de verificación de la política criminal del Estado, convirtiéndose, pues, en medio para obtener una determinada prevención especial [89].

Entre otros muchos, BARREIRO sostiene que la finalidad de reiteración delictiva está cimentada sobre el concepto de peligrosidad delictiva, de suerte que se encausa la prisión preventiva hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad [90]. ASENCIO MELLADO agrega que esta finalidad se asienta en una presunción de culpabilidad al referirse a una prognosis de la comisión de nuevos delitos, lo que presupone entenderlo culpable y, es más, que el imputado seguirá delinquiendo [91]. DUCE y RIEGO, reiteran que ese peligro no permite calificar de cautelar a la prisión preventiva, puesto que no es este un objetivo del proceso, calificándola en este caso como una medida de seguridad dictada con objetivos de prevención especial lesiva de las garantías procesales [92].

---

[89] BARONA VILAR, Silvia: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 26.

[90] BARREIRO, Jorge: *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 1997, p. 4.

[91] ASENCIO MELLADO: *Los presupuestos de la prisión provisional*, cit., p. 112.

[92] DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián: *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, Vol. 1, p. 259.

En el sentido arriba indicado, pero con mayor énfasis crítico, FARALDO CABANA señala que con el peligro de reiteración delictiva se alude a una especie de juicio de peligrosidad similar al que se ha de realizar para determinar la necesidad o no de aplicación de las medidas de seguridad; que es un juicio de futuro que se centra en la probabilidad de que el sujeto que ya ha cometido un hecho previsto como delito vuelva a delinquir, pero en el caso de la prisión preventiva se ha de realizar cuando ni siquiera se ha probado que el imputado ya ha delinquido una vez; que el juicio de peligrosidad, en tanto que basado en un pronóstico de futuro, puede conducir a fórmulas que se limiten a presumir la peligrosidad por el mero dato de que un sujeto haya cometido un delito con anterioridad y haya sido condenado por ello, o existan indicios de que lo ha cometido; que por estos motivos este motivo ha sido objeto de numerosas críticas en los Ordenamientos que también lo contemplan, como el alemán o el italiano, pues se entiende que en realidad no se trata de una medida de aseguramiento del proceso sino de una medida de seguridad preventiva, esto es, predelictual en el sentido de que todavía no existe una condena ni se ha probado por tanto la culpabilidad, habiendo únicamente una mera sospecha no probada [93].

Por el contrario, MÁLAGA DIÉGUEZ acepta esta función, cuyo objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado; y, acota que todas las finalidades de la prisión preventiva presuponen un juicio previo o intermedio de culpabilidad, y que en lo específico cumplen un fin constitucionalmente legítimo al destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de protección, de las que ya existen en el proceso penal contemporáneo, sería justificable [94].

6. Sobre esta polémica, entiendo que más allá del principio de *intervención indiciaria* (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación a él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de ruptura –que la hace inaceptable– se da con el principio de proporcionalidad –que, al igual que el otro

---

[93] FARALDO CABANA, Patricia: "El Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional", en: *Actualidad Penal*, Nº 25, semana de 16 al 22 de junio, Madrid, 2003, p. 4.

[94] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 137.

principio, es en rigor una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho–. Si bien el "*peligro de reiteración delictiva*" no puede tener una naturaleza cautelar, en tanto que no está en función de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, y más bien cumple un función preventiva de ulteriores delitos, a partir de una conducta previsible del imputado definida a partir de un conjunto de parámetros ya esbozados por la jurisprudencia internacional, la incoherencia se manifiesta específicamente desde la "*estricta proporcionalidad*", en tanto que la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la afirmación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido altamente probabilístico –que descansa sobre bases poco firmes acota LLOBET [95]– sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones e, inclusive, a determinados derechos civiles, pero nunca al derecho a la libertad personal si es que entraña su limitación más intensa como es la detención o la prisión preventiva.

7. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el citado Informe 2/97 incorpora una cuarta función: *la preservación del orden público*. Señala que "*...en circunstancias muy excepcionales, la gravedad de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría generar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado*". Esta argumentación, sin duda siguiendo determinados fallos del TEDH (Asuntos "Tomasi", de 27 de agosto de 1992, y "Letellier", de 26 de junio de 1991), no es convincente en tanto –siguiendo a ASENCIO– no sólo no atiende para su acuerdo a criterios vinculados a la persona imputada ni a sus circunstancias, sino a elementos externos a ella; además se identifica con la pena privativa de libertad en su función de prevención general [96], que son circunstancias por completo ajenas al imputado y su conducta procesal.

---

[95] LLOBET RODRÍGUEZ: *Proceso penal comentado*, cit., p. 530.

[96] ASENCIO MELLADO: *Los presupuestos de la prisión provisional*, cit., p. 117.

3. PRINCIPIOS Y MOTIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. La prisión preventiva, en cuando medida provisional que restringe severamente el derecho a la libertad personal, necesita sustentarse concurrentemente en dos grandes principios: *intervención indiciaria* y *proporcionalidad*. El primero –definido por MARTÍN MORALES– dice de las exigencias fácticas necesarias que permitan entender que existe fundamento para limitar el derecho fundamental [97], que traducido penalmente es sin lugar a dudas la *imputación* [98]. Ello da lugar, al *primer presupuesto* material de la medida, el *fumus delicti comissi* (expresión utilizada por GUARINELLO). Según ORTELLS, consta de dos reglas: la *primera*, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, que debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y, la *segunda*, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad– acerca de su intervención en el delito [99]. No basta pues, como sería para el caso de la detención, la mera sospecha razonada, sino que –siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO– una sospecha muy fundada, lo que supone –en la línea propugnada por CALAMANDREI– un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal [100].

La *intervención indiciaria*, traducida para la prisión preventiva, en el *fumus delicti comissi*, no equivale a una declaración de culpabilidad; es

---

[97] MARTÍN MORALES, Ricardo (Coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria. Parte Primera: Teoría general*, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2000, pp. 10/23.

[98] Señala José María ASENCIO MELLADO ("Los derechos contemplados en el art. 98º del CEDH de fecha 4 de noviembre de 1950", en: *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, p. 153) que el TEDH (Asunto "Klass", STEDH, de 6 de setiembre de 1978) ha establecido que la restricción de derechos en el ámbito de una investigación penal sólo resulta justificada frente a personas sobre las que recaigan indicios delictivos, esto es, se trate, en términos procesales, de imputados.

[99] MONTERO AROCA, *et al: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), pp. 455-456.

[100] CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 266.

claro que en tanto no haya una sentencia firme condenatoria existe una presunción de inocencia, la cual no admite limitaciones, ni graduaciones: se es inocente mientras no se demuestre lo contrario en el juicio oral y se haya proferido sentencia firme condenatoria contra el acusado. Nos dice RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ que la razonada atribución del hecho punible al imputado o los '*motivos bastantes*' para creer responsable criminalmente del delito a una persona "*...no son suficientes para desvirtuar o limitar este principio* [mejor dicho, el derecho fundamental a la presunción de inocencia o estado de inocencia], *sino una exigencia para que la medida de prisión provisional tenga una sólida base. Por muy evidentes y suficientes que sean estos motivos, en ningún caso pueden sustituir, ni adelantar los resultados que, tras el juicio oral, se constaten en la sentencia condenatoria firme*" [101].

En esta misma línea LLOBET RODRÍGUEZ enfatiza lo siguiente: 1) Que, en principio, no existe incompatibilidad entre presunción de inocencia y sospecha suficiente de culpabilidad para dictar prisión preventiva, en tanto –como es doctrina germana mayoritaria– se asuma una *concepción normativa* de presunción de inocencia, esto es, como dice KRAUS, la pretensión punitiva surge con la sentencia condenatoria, y no proporcionalmente al paulatino convencimiento creciente de la autoría por parte del tribunal –como cree la teoría *psicológica*, que supone una relativización de la presunción de inocencia de acuerdo con el grado de sospecha–, de suerte que la posición jurídica del imputado como inocente no es perjudicada por la existencia de la sospecha de culpabilidad; 2) Que la exigencia de un grado de sospecha, como requisito necesario –aunque no suficiente– para la prisión preventiva, no representa una consecuencia de la presunción de inocencia –propia de la concepción psicológica–, sólo constituye un límite a una prisión preventiva que persiga el aseguramiento procesal, debido a que la afirmación del peligro de fuga o de obstaculización no es suficiente, necesitándose que además exista un determinado grado de sospecha; 3) Que, en verdad, como ha sido reconocido por el Tribunal Federal Constitucional alemán, la sospecha de culpabilidad es un punto de contacto imprescindible de todo proceso penal y, como tal, es una consecuencia del principio de proporcionalidad, de suerte que las valoraciones que han de realizarse en orden a la sospecha son indispensables para la configuración de un proceso penal

[101] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *El procesamiento*, Comares, Granada, 1999, p. 61.

orientado en los principios de un Estado de Derecho (BverfGE 19, 342 –347/348–; BverfGE 82, 106 –115–). 4) Que el fundamento entre el principio de proporcionalidad y el grado de sospecha como requisito para dictar prisión preventiva radica –como apunta PAEFFGEN– en el interés persecutorio del Estado, el que se ve modificado con el grado de sospecha y que lleva a un aumento del deber del imputado de tolerar medidas coercitivas; vale decir, cuando la sospecha de culpabilidad se fortalece, aumenta el interés en la persecución, debido al aumento de la posibilidad de una futura sentencia condenatoria, lo que por cierto no implica una disminución de las garantías que se deducen de la presunción de inocencia [102]. Por tanto, lo que está en juego con la prisión preventiva, en orden al *fumus delicti comissi*, no es la presunción de inocencia –cuya exigencia en relación con las medidas coercitivas es que no persigan los fines de las penas (es de distinguirse en el ámbito de la ejecución el tratamiento entre presos preventivos y penados [BverfGE 19, 347]), ni que se transformen en una pena anticipada, lo que se erige en un límite a su configuración legal– sino el principio de intervención indiciaria, en tanto que hemos diferenciado este último principio del de proporcionalidad, que un sector mayoritario de la doctrina lo incluye en el principio de proporcionalidad.

2. El *principio de proporcionalidad* –sostiene PEDRAZ– no sólo exige que la limitación de la libertad personal persiga amparar intereses generales, sino que ésta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo [103]. Así las cosas, los motivos materiales de detención requieren tomar en consideración diversos planos. Es arbitraria la imposición de la prisión preventiva por el solo hecho de la naturaleza del delito imputado; a juicio de la CoIDH ello impondría un castigo anticipado, implicaría utilizar la prisión preventiva con fines distintos a su naturaleza y tendería a crear una excepción a la presunción de inocencia (Informe 2/97, párr. 51/52).

3. Cabe aclarar que desde este principio se articulan dos motivos concurrentes para la legitimidad de la privación de libertad: **(1)** *delito*

---

[102] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, UCI, San José [Costa Rica], 1997, pp. 187-206.

[103] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho Procesal Penal*, I, Colex, Madrid, 2000, p. 154.

grave, y, (2) *peligrosismo procesal*, que a su vez se expresan en varios peligros concretos, algunos de los cuales son muy polémicos, como se tuvo oportunidad de advertir. El primer motivo –en palabras de CHOCLÁN MONTALVO– explica que la prisión preventiva supone la restricción de un derecho fundamental de primera importancia, lo que en principio exige que el delito en cuestión lleve aparejada pena privativa de libertad, y dentro de esta clase de delitos debe limitarse a aquellos que estén amenazados con pena grave, sin que pueda acordarse la medida en los llamados delitos bagatela [104]. Desde esta consideración, unida a la segunda que luego se precisará, se entenderá que el sacrificio que se impone a la libertad de la persona debe ser razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

4. El segundo motivo de prisión preventiva, enraizado en la proporcionalidad –que como sabemos es un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental– está vinculado a los peligros que se pretende conjurar con la medida, los cuales tienen como nexo común la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el caso del proceso penal es asegurar la ejecución del fallo y, en menor medida, el normal desarrollo del proceso. Los peligros, debidamente desarrollados en sus elementos por ASENCIO MELLADO, son:

A. *Peligro de fuga.* Se reconducen a cinco elementos valorativos: **1)** gravedad del delito; **2)** naturaleza y caracteres del mismo; **3)** circunstancias del delito, vinculadas a la individualización de la pena; **4)** circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes–; y **5)** conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales (STEDH, Asunto "B", de 28 de marzo de 1990, párr. 44; STEDH, Asunto "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párr. 43; STEDH, Asunto "Stögmuller", de 10 de noviembre de 1969, párr. 15; STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 32) e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial. El delito, en cuanto a la pena esperada, debe ser grave, pero como dice el TEDH (STEDH, Asunto "Neumeister", de 27 de junio de 1968, párr. 39), no basta ese solo dato, pues ha de complementarse con algunos de los elementos ya indicados.

[104] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 266.

B. *Peligro de entorpecimiento.* Se requiere que el peligro sea concreto y no abstracto (Informe CoIDH, 2/97, Párr. 33). El riesgo se ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba (STEDH, Asunto "Wemhoff", de 27 de junio de 1968, párr. 14). Si se trata de pruebas materiales, el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o coimputados (Cfr.: STEDH, Asunto "Tomasi", de 27 de agosto de 1992, párrs. 92/95; STEDH, Asunto "Kemmache", de 12 de diciembre de 1991, párrs. 46/47; STEDH, Asunto "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párrs. 37-38). A ello debe destacarse, como menciona ASENCIO MELLADO, la naturaleza del delito, y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria [105].

C. *Peligro de reiteración delictiva.* Existen dos grandes grupos de criterios para acordar una prisión preventiva basada en este peligro, destinado a evitar una infracción concreta y determinada (STEDH, Asunto "Guzzardi", de 6 de noviembre de 1980, párr. 102): 1) criterios relativos al delito cometido y a las circunstancias de su comisión; y, 2) criterios referidos al hecho esperado y que se pretende evitar. En cuanto al primer bloque de criterios se ha de atender a la gravedad del delito, a su naturaleza, a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del reo, y a su personalidad (*vid.* STEDH, Asunto "Clooth", de 12 de no-

---

[105] ASENCIO MELLADO: *Los presupuestos de la prisión provisional*, cit., p. 137. Este motivo está sujeto a sensibles limitaciones (v. gr.: la Ley Nº 332, de 8 de agosto de 1995, que modificó el art. 301º CPP de Italia, prevé la extinción de la prisión preventiva adoptada por exigencias probatorias al cabo de treinta días, prorrogables hasta un máximo de tiempo conjunto de noventa días). Si bien el TEDH, recientemente, en el Asunto "Clooth vs. Bélgica", del 12 de diciembre de 1991, párrs. 40 y 44; Asunto Bochet vs. Francia, del 20 de marzo de 2001, párr. 46; y, Asunto "Contrada vs. Italia", del 24 de octubre de 1998, párr. 62, justificó como motivo pertinente el riesgo de ocultación o alteración de pruebas; en el Asunto "IAC vs. Francia", del 23 de setiembre de 1998, párr. 110, acotó que ese motivo, que fundamenta legítimamente la detención en su inicio, pierde necesariamente su pertinencia a medida que se va produciendo la audiencia de algunos testigos del caso y la presión de las investigaciones. Odone SANGUINÉ (*Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 632), sobre esa base, apunta que los peligros alegados se debilitan con el tiempo, en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas, las declaraciones son tomadas y las pruebas concluidas; el peligro, pues, desaparece con el fin de la instrucción y con la sumisión del acusado y sus cómplices a juicio.

viembre de 1991, párr. 40; STEDH, Asunto "Matznetter", 4 de abril de 1967, párrs. 9 y 11; STEDH, Asunto "Toth", de 12 de diciembre de 1991, párr. 70; STEDH, Asunto "Herczegfalvy", párr. 60). Respecto al segundo bloque de motivos, se ha de tener presente dos condiciones básicas: la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.

5. El principio de proporcionalidad, al decir de GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, incorpora como *requisitos generales* de la orden judicial los siguientes: **(1)** que debe ser motivada, en el sentido de suficiente y razonable, sin errores patentes ni generación de indefensión, y **(2)** que se sustente en una norma que incorpore fines constitucionalmente legítimos y congruentes entre sí [106]. Sobre lo último, ya se ha hecho mención a las exigencias que debe cumplir una ley para disponer la privación de libertad por razones de punibilidad, así como que la orden de privación de libertad debe ser absolutamente congruente con los presupuestos y procedimientos que fija la ley, pues de lo contrario se incurre en ilegalidad manifiesta o en desviación de poder.

6. En cuanto a la motivación, se requiere, como dice la CoIDH, que las consideraciones de hecho y de derecho de la orden deban estar puestas de manifiesto claramente (Informe 2/97, párr. 19). Ésta –que debe ser escrita, imprescindible para su control y para el conocimiento del sujeto afectado o, acota ROXIN, para evitar órdenes injustificadas o precipitadas [107]– requiere, como ha determinado el TEDH, indicar las circunstancias sobre las que se basa (STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 12), así como no incluir formulaciones puramente generales o abstractas, o que se remitan a decisiones anteriores (SSTEDH, Asuntos "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párr. 51/52; "Kenmache", de 12 de diciembre de 1991, párr. 52; "Clooth", de 12 de noviembre de 1991, párr. 43).

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

A. Presupuestos materiales

1. El art. 135º CPP 1991, en su última modificación operada por la Ley Nº 27753, de 9 de junio de 2002, siguiendo parcialmente la fuente

---

[106] GONZALES-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 69.

[107] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 263.

germana, reconoce dos *presupuestos materiales*: **a)** existencia de *suficientes elementos probatorios* de la comisión de un delito, que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo (inc. 1). **b)** *Motivos de prisión preventiva*, traducidos en dos exigencias concurrentes: **b.1)** que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de privación de libertad (inc. 2); y, **b.2)** que existan indicios de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria (inc. 3). La necesidad de la concurrencia de estos presupuestos ha sido afirmada reiteradamente por la Corte Suprema [108] y por el Tribunal Constitucional [109].

Cabe señalar que la Corte Suprema, en una decisión anterior al año 1991, ya había indicado que la racionalidad de la detención se sustenta en la gravedad de la comisión delictiva, en la existencia de indicios probatorios fehacientes que persuadan de la directa responsabilidad del encausado –los que en todo caso deben ser corroborados o desvirtuados en la investigación–, y en la necesidad de asegurar el juzgamiento sin posibilidad razonable de fuga por parte del imputado [110].

---

[108] Ejecutoria suprema de 22 de enero de 1998, Exp. Nº 4556-97, Huaura (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, p. 157). Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1998, Exp. Nº 86-97 (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, Nº 1, Trujillo, 1999, p. 405). "[Estos] ... elementos, ha dicho el Supremo Tribunal, deben concurrir en conjunto para que resulte arreglado a ley el abrir instrucción con mandato de detención ... [Si] no concurre uno de ellos [...] la detención corporal se hace innecesaria..." (de 22 de enero de 1998). "[El] ... inciso tercero del art. 135º CPP utiliza la conjunción "y", lo que indica que deben concurrir conjuntamente con los antecedentes las especiales circunstancias de elusión a la acción de la justicia ... [por lo que, la Sala al no contemplar ese requisito] ha infringido el inc. 5º del art. 139º de la Constitución, como una de las garantías de la función jurisdiccional para un debido proceso" (de 26 de noviembre de 1998). Un fallo más reciente es de 19 de enero de 2000, Exp. Nº 5182-99, Lima (*Normas Legales*, T. 287, abril, Trujillo, 2002, p. A73). Uno anterior es el de 17 de setiembre de 1993, Exp. Nº 1945-93, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 329-330).

[109] El Tribunal Constitucional ha declarado que: "El artículo 135º CPP señala los requisitos que deben concurrir a efectos de que el mandato de detención [prisión preventiva] no sea considerado arbitrario. Estos requisitos son: que exista prueba suficiente (*fumus boni iuris*), peligro procesal y que la pena probable a imponerse sea superior a los cuatro años (*periculum in more*)" (STC, Exp. Nº 0808-2002-HC/TC, Asunto "Santiago Tello Díaz", de 8 de julio de 2002, párr. 3 [*El Peruano*, Lima, 12 de febrero de 2003, pp. 5775-5776]).

[110] Ejecutoria suprema de 16 de octubre de 1990, Exp. Nº 765-90, Piura (NOGUERA RAMOS, Iván: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, Ediciones Forenses, Lima, 1997, pp. 346-347).

2. El *fumus delicti comissi*, como ya se dijo, opera como *conditio sine qua non*, y está constituido por dos reglas, una objetiva y otra subjetiva. La primera, referida a la existencia del delito imputado, de mayor exigencia de constitución, y la segunda, consistente en un juicio de verosimilitud que permita entender que el imputado ha cometido el hecho delictivo como autor o partícipe, con grandes dosis de probabilidad; no basta una mera sospecha, sino prognosis de una condena con grandes posibilidades [111]. Como precisa MARTÍN BRAÑAS, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, "... para su constatación deben tenerse presente dos elementos básicos, uno objetivo, en el que poder sustentar la existencia de indicios de criminalidad y responsabilidad, y otro subjetivo o estándar de apreciación que le correspondería a un tercero imparcial. En otras palabras, se requiere la existencia de una serie de hechos o informes que sean adecuados o suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo que ha de verse afectado por la medida puede haber cometido el delito, circunstancias éstas que deberán ser valoradas caso a caso (STEDH, Asunto "Fox, Campbell y Hartley", de 30 de agosto de 1990; STEDH, Asunto "Erdagöz", de 22 de octubre de 1997; y STEDH, Asunto "Labita", de 26 de abril de 2000)" [112].

El modificado art. 135º del CP 1991 consideró, en un segundo párrafo del inc. 1) analizado, que no constituye "elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado". En rigor, se está ante un criterio de imputación propio del Derecho penal en los delitos tras personas jurídicas. La sola afirmación de que se ocupa un cargo social determinado, sin la referencia a la concreta conducta material, que por lo demás debe subsumirse en un específico tipo delictivo, no permite considerar a la persona como sujeto activo del delito. A ello se agrega, desde el Derecho procesal, como es obvio, que deben existir indicios delictivos suficientes de ambos extremos: del cargo social y, fundamentalmente, de la conducta

---

[111] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 64; ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 62.

[112] MARTÍN BRAÑAS, Carlos: "Configuración jurisprudencial de la prisión provisional", en: *Tribunales de Justicia*, Nº 5, mayo, Madrid, 2001, p. 84.

material que se llevó a cabo. Sólo así podrá considerarse cumplido el presupuesto del *fumus delicti comissi.*

3. El *delito grave*, en tanto motivo de prisión preventiva, está representado por uno que merezca una sanción superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad [113]; la reciente ley superó la limitación que exigía que el delito sea doloso, y la concretó exclusivamente en la prognosis sobre la individualización de la pena. Traduce una presunción legal, vinculada al sub-principio de estricta proporcionalidad –necesaria pero insuficiente todavía–, dictada como parámetro objetivo, para lo cual, como tiene señalado la jurisprudencia, debe efectuarse una labor de prognosis de la sanción, teniendo en cuenta no sólo la pena conminada, sino otros elementos como la condición del autor, grado de participación, móviles, entre otros [114], esto es, deben apreciarse factores que dicen de la entidad del injusto y de la culpabilidad por el hecho (arts. 45º y 46º del Código Penal). Las circunstancias del hecho y las características del autor son determinantes para fijar un pronóstico aproximado de sanción y, en su caso, decidir si se cumple esta regla para dictar o no la medida de privación de libertad [115]. Es de enfatizar, ante la expresa modificación legal, que no constituye "criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa".

El Supremo Tribunal en la Ejecutoria de 17 de septiembre de 1993 precisó que si bien la apreciación de la suficiencia de elementos de prueba y del peligro de fuga como de entorpecimiento permiten una apreciación subjetiva del Juez, la determinación de la penalidad superior a cuatro años de privación de libertad es meramente objetiva y debe considerarse lo expresado en el ordenamiento sustantivo para cada una de las

---

[113] La Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo Nº 006-97-JUS, de 27 de junio de 1997), en su art. 25º estipula que el juez puede dictar mandato de detención (léase prisión preventiva) "...según la naturaleza o gravedad de los hechos...". Al respecto, debemos entender que la gravedad no puede referirse a una prognosis inferior a los cuatro años de privación de libertad.

[114] Ejecutoria superior de Lima de 27 de noviembre de 1998, Exp. Nº 4342-98-A (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, p. 677).

[115] *Vid.* Ejecutoria suprema de 27 de abril de 1994, Exp. Nº 3225-93, Lima (ROJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 333-334).

conductas delictivas que contempla [116]. En la Ejecutoria de 27 de abril de 1994 estipuló, aclarando los alcances de la decisión anterior, que si el delito objeto de imputación está conminado con una penalidad relativamente indeterminada cuyo extremo máximo supera los cuatro años de privación de libertad, tal circunstancia no basta para dictar la medida de detención, ya que el Juez puede considerar que dentro del marco legal que señala la norma la pena a imponerle no superará ese límite [117].

4. El *peligrosismo procesal* tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Es la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. Son dos los peligros, considerados autónomamente, que la ley reconoce: *peligro de fuga* y el *peligro de entorpecimiento* [118]. El primer peligro, como se anotó, traduce la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo traduce la función aseguratoria de la prueba –distinta de la propiamente cautelar– de dicha medida provisional.

En este extremo lo primero que la Corte Suprema ha dejado sentado es que el Juez debe precisar el tercer elemento fijado en la ley para determinar la procedencia de la prisión preventiva, de lo contrario está ausente la motivación genuina para la procedencia de la citada medida, siendo del caso que lo primero que debe valorar son los antecedentes policiales, judiciales o penales que registra el encausado [119]. En igual sentido, en la Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997 indicó que constituye una infracción al deber de motivación de las resoluciones judiciales impuesta por el art. 139º.5 de la Constitución, que es una garantía del debido proceso, no haber precisado en qué consistirá la

---

[116] Exp. Nº 1945-93, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 329-330).

[117] Exp. Nº 3225-93, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 333-334).

[118] El art. 25º del TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobada por Decreto Supremo Nº 006-97-JUS, introduce un tercer peligro: *reiteración delictiva*. Con tal peligro la prisión preventiva cumple una tercera finalidad distinta de la cautelar y de la aseguratoria, la *tuitiva*. Sus referentes de apreciación ya han sido tratados líneas arriba.

[119] Ejecutoria suprema de 4 de mayo de 1999, Exp. Nº 1007-99, Huaura (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, p. 183).

perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso [120].

Analizando en concreto los alcances del peligro de fuga, el Supremo Tribunal ha dejado sentado: a) que se prevé la no existencia de peligro procesal si el inculpado ha señalado domicilio y tiene ocupación conocida, así como que carece de antecedentes y no registra requisitorias en su haber (*vid.* Ej. sup. de 16 de enero de 1998); y, b) que, por el contrario, si el imputado no acudió a rendir manifestación policial, si no acreditó con documentos su calidad personal y la ocupación laboral que aduce, entonces, se evidencia peligro procesal en su conducta (*vid.* Ej. sup. de 15 de julio de 1998) [121]. Llama la atención la Ejecutoria Suprema de 25 de abril de 1996, particularmente equivocada, que no cumple con ratificar la presencia conjunta de todos los presupuestos materiales de la prisión preventiva; al respecto, señala: "Que, de otro lado, en cuanto al peligro procesal, [...] si bien es cierto no existe en autos elementos que indiquen una razonable probabilidad que el imputado rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria, más aún si éste se ha sometido a las investigaciones iniciales desde el nivel policial, también lo es que por la gravedad de los hechos, resulta coherente asegurar el sometimiento procesal al imputado, cumpliéndose así en el caso materia de autos en forma concurrente con los tres presupuestos materiales establecidos en [...] la ley" [122]. La Corte Superior de Lima ha establecido que por la modalidad empleada y las circunstancias que rodean lo hechos imputados, encontrándose el procesado en calidad de no habido, se presume que éste tratará de eludir la acción de la justicia [123].

En lo atinente al peligro de entorpecimiento la Corte Suprema en una ocasión, debidamente documentada (*vid.* Ejecutoria de 26 de noviembre de 1997), sentó la doctrina que cuando se trata de delitos cuya fuente probatoria tiene base documental y pericial, debe precisarse en

---

[120] Exp. Nº 86-97, Huancavelica (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, p. 184).

[121] Exp. Nº 7158-97-A, Lima; y Exp. Nº 1013-98-B (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, pp. 184-185).

[122] Exp. Nº 80-96, Callao (NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, cit., pp. 324-325).

[123] Ejecutoria superior de Lima de 13 de agosto de 1998, Exp. Nº 3792-98-C (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 691.

qué consistirá la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso. Por otro lado, el Tribunal Constitucional no consideró arbitrario que el juez sustente el peligro de entorpecimiento en el hecho que el reo se negó a firmar las actas de reconocimiento elaboradas en sede judicial [124]; razonamiento que no es de aceptar en tanto que el ejercicio al derecho de contradicción no puede estimarse como obstaculización probatoria.

5. El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia tiene sentado: **1)** Que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso, que no es una medida punitiva y que es una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional (evitar la fuga y garantizar la presencia del imputado durante el proceso es típicamente cautelar, pero no lo es –como se anotó– evitar la perturbación probatoria) (STC, Exp. Nº 1567-2002-HC/TC, Asunto "Alejandro Rodríguez Medrano", de 5 de agosto de 2002) [125]. **2)** Que, definida a partir de su función estrictamente cautelar, esta medida "...se justifica para garantizar la sujeción del imputado y para que en su momento pueda hacerse efectiva una posible sentencia condenatoria" (STC, Exp. Nº 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002, párr. 4). **3)** Que es una medida que no puede constituir la regla, es por el contrario excepcional, de carácter subsidiario, razonable y proporcional (STC, Asunto "Alejandro Rodríguez Medrano", de 5 de agosto de 2002, párr. 4). **4)** Que es una medida también provisional, cuyo mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado (STC, Exp. Nº 1091-2002-HC/TC, Asunto "Vicente Silva Checa", de 12 de agosto de 2002, párr. 16) [126]. **5)** Que el principio de proporcionalidad se expresa en que, sobre la base del grado de exigencia cautelar, la medida a dictarse debe ser la menos gravosa o aflictiva posible (STC, Asunto "Moisés Polo Giraldo", de 23 de agosto de 2000, párr. 4) [127]. **6)** Que en cuanto al principio de

[124] STC, Exp. Nº 0808-2002-HC/TC, Asunto "Santiago Tello Díaz", de 8 de julio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 12 de febrero de 2003. pp. 5775-5776).

[125] *Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 53-58.

[126] *Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 395-410.

[127] Exp. Nº 612-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 16 de enero de 2001, pp. 3890-3891).

excepcionalidad sostuvo que: "...una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas" (STC, Asunto "Gregorio Martín Velarde Queirolo", de 25 de agosto de 2000) [128]. 7) Que la prisión preventiva "...sólo procede en los casos en los que existan hechos objetivos y razonables que permitan concluir, de manera indubitable, que la no restricción de la libertad individual pondrá en riesgo la actividad probatoria, el éxito del proceso penal o posibilitará al procesado sustraerse a la acción de la justicia. Tal criterio, que es una exigencia de la eficacia directa del derecho a la presunción de inocencia en todo proceso penal, está en relación directa con la naturaleza de la medida cuestionada, que no es otra que la de constituir una medida cautelar y no una medida punitiva" [129].

La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 18 de marzo de 1998, ha entendido que el principio de necesidad se expresa en que –según las circunstancias de la causa– resulte absolutamente indispensable para asegurar que el encausado no se sustraiga de la acción de la justicia o no perturbe la actividad probatoria [130]. Bajo esta misma perspectiva, en la Ejecutoria Suprema de 27 de febrero de 1998, sostuvo que se debe "te-

---

[128] Exp. Nº 500-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 16 de enero de 2001, pp. 3888-3890).

[129] STC, Exp. Nº 808-2002-HC/TC, Asunto "Carlos Zelada Dávila", de 8 de julio de 2002, párr. 2 (*Jurisprudencia penal*, ed. 2003, cit., T. I, pp. 69-70). Algunas atingencias merece este fallo: 1) Que la prisión preventiva tiene diversas funciones, no sólo cautelares; 2) Que el principio de intervención indiciaria, por su propia naturaleza, no requiere de pruebas consolidadas –propias de una sentencia tras un juicio oral–; 3) Que la presunción de inocencia no fundamenta la prisión preventiva, sino el principio de intervención indiciaria, que es incorporado por la doctrina y jurisprudencia alemanas al principio de proporcionalidad; y, 4) Que no se trata de generar una certeza de culpabilidad o de la prognosis acerca del peligrosismo procesal, inadecuado en este último caso por su propia naturaleza, sino sólo de sustentar un juicio de probabilidad –ese, entre otros puntos, es la crítica que merece la STC recaída en el Asunto "Luis Bedoya de Vivanco", Exp. Nº 139-2002, 27 de enero de 2002–.

[130] Exp. Nº 6714-97-A, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, p. 183).

ner en cuenta que la detención es una medida coercitiva que sólo debe ser aplicada en casos en que sea *indispensable* para los fines del proceso, puesto que se trata de la restricción de la libertad, que es un bien jurídico susceptible de ser afecto siempre que se den los presupuestos legales, no así en caso de interpretación extensiva sobre las normas restrictivas de derechos" [131].

B. Presupuestos formales

El art. 2º.24.'f' de la Constitución establece que la privación procesal de la libertad requiere *mandamiento escrito y motivado del Juez*. A su vez, el art. 136º, primer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991, precisa: a) que el mandato de detención será motivado, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenten; y, b) que el oficio mediante el cual se dispone la ejecución de la detención, deberá contener los datos de identidad personal del requerido.

La decisión de encarcelar a una persona se realiza en el auto de apertura de instrucción (art. 77º del Código de Procedimientos Penales), el cual contiene dos apartados esenciales: el primero, vinculado a la decisión de procesar penalmente a una persona determinada por un delito específico; y, el segundo, la precisión de las medidas cautelares, siendo indispensable definir si el imputado será encarcelado preventivamente o se le dictará mandato de comparecencia. Un tercer apartado, que puede o no estar presente, se refiere a las primeras diligencias o actos de investigación que deben llevarse a cabo.

En el auto de apertura de instrucción, con el que se inicia la instrucción formal, ineludiblemente debe definirse la situación jurídica del imputado. También es posible acordar mandato de prisión preventiva, en atención al principio *rebus sic stantibus*, en cualquier otro momento del proceso cuando "resultaren pruebas de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del art. 135º" (art. 139º del Código Procesal Penal de 1991), lo que puede producirse en el curso de la investigación, en la etapa intermedia al dictar el auto de enjuiciamiento (art. 261º del Código Procesal Penal de 1991) o en el juicio oral. Sin embargo, a diferencia de la primera resolución judicial,

[131] Exp. Nº 843-98-A, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, p. 184).

en que la medida provisional personal se dicta de oficio (art. 115º del Código Procesal Penal de 1991) y, por tanto, rige por completo el principio de oficialidad, el cambio de situación jurídica del imputado que está con mandato de comparecencia a prisión preventiva, requiere inexorablemente petición del fiscal o del actor civil, a tenor del art. 139º del citado Código, pues está sujeta al principio dispositivo, que de este modo, explica Alberto BOVINO, tiende a garantizar con más fuerza la imparcialidad y objetividad judicial, previniendo la contaminación del juez, con lo que se cumple el principio acusatorio, que hubiera sido lo deseable desde la primera resolución judicial [132].

La prisión preventiva o el auto de prisión, sea que esté incorporado en la decisión de procesamiento penal del imputado o en el auto de enjuiciamiento o, en todo caso, que se dicte en resolución independiente, siempre debe ser escrito y motivado.

La *escrituralidad* de la orden de prisión preventiva es una exigencia constitucional que parte de lo dispuesto en el art. 139º.5 de la norma fundamental. Las resoluciones judiciales, según esa disposición, siempre son escritas. No se acepta, en consecuencia, las decisiones orales. Sobre esa base es que el justiciable tiene mayores posibilidades de enterarse del contenido de una resolución y poder ejercer contra ellas los recursos y remedios procesales pertinentes o adoptar la posición defensiva que corresponda.

La *motivación* del auto que acuerda la prisión preventiva tiene como razón esencial que el procesado conozca los fundamentos por las que resulta preso, explicitando –aun cuando escueta o sucintamente– el proceso lógico y mental que ha conducido a dicha medida provisional. La motivación tiene un doble fundamento: **1.** Permite el control de la actividad jurisdiccional; **2.** Logra el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del Derecho vigente libre de arbitrariedades.

Para que el razonamiento tenga validez constitucional, sostiene Nicolás GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, se requiere que sea expresado en la resolución, que guarde relación y que sea congruente y proporcionado

---

[132] BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, pp. 56-57.

con el problema que se resuelve [133]. En consecuencia, siguiendo nuestro texto constitucional, los fundamentos de hecho y de derecho, incluida la cita de la ley aplicable, deben referirse a los presupuestos materiales de la prisión preventiva y contener una adecuada evaluación del material probatorio en función a las exigencias legales de la medida (existencia de un delito doloso, probabilidad de autoría o participación en el delito por parte del imputado, prognosis de sanción y razonamiento acerca del peligrosismo procesal).

El Tribunal Constitucional, ha establecido en el Asunto "Vicente Silva Checa" que, genéricamente, la motivación garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las Leyes (art. 138º Const.), y que los justiciables pueden ejercer de manera efectiva su derecho de defensa; derecho que no garantiza una determinada extensión de la motivación, que se tenga que pronunciar expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión. Asimismo, ha precisado: **a)** que la prisión preventiva hace más exigente el requisito de motivación, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad, a la vez que permite evaluar si el juez ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la misma; y, **b)** que dos son las características de una tal motivación: *suficiencia*, vale decir, que debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho, y *razonabilidad*, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican su adopción (STC, Exp. Nº 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002, párrs. 20-22) [134]. En el Asunto "Amadeo Domínguez Tello" puntualizó que la motivación, en la prisión preventiva, tiene dos características; en "primer lugar, tiene que ser 'suficiente', esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho 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

[133] GONZALES-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 147.

[134] *Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 395-410.

justifican la adopción de la medida cautelar..." (STC, Exp. Nº 1260-2002-HC/TC, de 9 de julio de 2002) [135].

La ejecución del mandato de detención corresponde a la Policía Nacional, la cual recibe la comunicación judicial mediante un oficio que debe contener los datos de identidad personal del requerido, a fin de evitar capturas de homónimos, es decir, de personas que tienen similares nombres y apellidos. La inscripción de las órdenes de detención, que reciben el nombre de "requisitorias", tienen una vigencia de 6 meses, a cuyo vencimiento caducan automáticamente, a menos que sean renovadas (art. 136º *in fine* del Código Procesal Penal de 1991). La vigencia temporal de las requisitorias está excepcionada para los casos de narcotráfico y terrorismo, conforme a la modificación operada al citado artículo 136º CPP 1991, por la Ley Nº 25660, de 13 de agosto de 1992.

5. MODALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El efecto principal de la prisión preventiva es, desde luego, la privación de la libertad del imputado, con sujeción a los regímenes jurídicos establecidos en el Código de Ejecución Penal y en el código rituario. La privación provisional de la libertad tiene como característica central una separación entre internos procesados e internos condenados, pues no puede equipararse el cumplimiento de una pena firme con la privación provisional de la libertad, aun cuando según el art. 47º del Código Penal –en virtud de la nota característica de homogeneidad de las medidas provisionales– "el tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención".

El Código Procesal Penal de 1991 reconoce dos regímenes de prisión preventiva: la ordinaria o comunicada y la incomunicada (arts. 135º y 140º). Otros ordenamientos procesales, como por ejemplo el español y el italiano, consideran la detención o arresto domiciliario como una modalidad atenuada de restricción de la libertad personal; en cambio, la ley rituaria nacional de 1991 –que está en vigencia, al igual que lo

[135] PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 99-106.

dispuesto en los arts. 2º.1 *in fine* y 7º de la Ley Nº 27379– la considera una alternativa a la prisión preventiva y la regula dentro de las modalidades de la comparecencia restrictiva.

A. La prisión preventiva comunicada

La prisión preventiva comunicada es la situación ordinaria durante la cual el detenido puede disfrutar de los derechos reconocidos en la ley. Es, por tanto, la regla general o el modo habitual de acordar la detención, en cuya virtud –dice MORENO CATENA– se ordena el internamiento del inculpado en un centro penitenciario, sujeto a las reglas habituales establecidas por el Código de Ejecución Penal [136].

En el concierto carcelario, los internos-procesados deben estar sujetos a un régimen especial o estatuto personal, no sólo radicado en la separación de los internos-condenados, sino llevado a cabo en la forma que menos lo perjudique en su persona, reputación y patrimonio y guiados por tres principios básicos: presunción de inocencia, excepcionalidad y trato digno. ASENCIO MELLADO aclara que tal privación de libertad exige que la jurisdicción tenga un control absoluto –indelegable– del seguimiento del encarcelamiento, que los internos-procesados no pueden ser sometidos a ningún tratamiento penitenciario de reinserción social y que la limitación de sus derechos está en función del curso del proceso y no de lo impuesto en sentencia condenatoria alguna [137].

B. La prisión preventiva incomunicada

La prisión preventiva incomunicada supone una excepción al régimen ordinario y común de cumplimiento de la medida de prisión preventiva. Es, como sostiene Sara ARAGONESES MARTÍNEZ, una forma agravada de cumplimiento de la prisión, pues supone la restricción de ciertos derechos del detenido –particularmente de aquellos que le permiten un contacto con el exterior–, con el objeto de evitar que se ponga en peligro la investigación [138].

---

[136] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 376.

[137] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 144.

[138] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., p. 395.

Se trata de un estado transitorio de privación de libertad, que aunque penosa, acota AGUILERA DE PAZ, es indispensable en determinados casos para que la autoridad judicial no vea burlados sus esfuerzos [139].

Su finalidad es evitar la frustración del éxito del proceso impidiendo que el imputado preso se confabule con terceros, lo que se intenta conseguir con su aislamiento y supresión de las comunicaciones con el exterior. Tal finalidad, sin duda alguna, no es cautelar, sino que tiene –como anota ASENCIO MELLADO siguiendo a MORENO CATENA– una finalidad accesoria que no explica por sí sola el fenómeno cautelar, pero ligada a la función más general de aseguramiento del proceso y que sólo adquiere sentido en la prisión incomunicada [140].

La incomunicación se encuentra reconocida constitucionalmente en el art. 2º.24.'g' de la carta política, en tanto excepción al derecho fundamental de no incomunicación. Los requisitos que habilitan la incomunicación son: **1.** Necesidad de esclarecer un delito o finalidad exclusivamente penal de la medida. **2.** Reserva de ley: la ley debe precisar la forma y el tiempo de duración de la medida. **3.** La autoridad debe señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

El art. 133º del Código de Procedimientos Penales de 1940 respeta los marcos constitucionales antes señalados, pues prevé que el motivo de la incomunicación es la necesidad de cumplir con los fines de la instrucción, es decir, esclarecer adecuadamente la imputación, mas no obtener confesiones o propiciar o forzar la colaboración del imputado. Asimismo, fija el término de la medida en 10 días como máximo –a cuyo vencimiento, vista su extraordinariedad, cesa de pleno derecho o automáticamente–. Finalmente, como medida de control, impone la comunicación a la Sala Penal Superior; obviamente, y como lo precisa el art. 140º del Código Procesal Penal de 1991, el Tribunal Superior puede, de oficio o a petición del imputado, revocarla en caso la considere injustificada.

El régimen de la incomunicación se encuentra detallado con mayor precisión en el Código Procesal Penal de 1991. El imputado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difu-

---

[139] AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913, p. 219.

[140] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 191.

sión, así como recibir sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada. La incomunicación, en resguardo del derecho de defensa del preso impide las conferencias con su abogado defensor, las que no pueden ser prohibidas ni requieren autorización previa. En este último punto, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es mucho más restrictivo, pues las conferencias están sujetas a la autorización judicial y se realizan en presencia del juez. A nuestro juicio este precepto afecta irrazonablemente el derecho de defensa y vulnera el art. 8º, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, al impedir la privacidad necesaria entre imputado y su defensor y, de este modo, las posibilidades de un ejercicio eficaz de su derecho al contradictorio y de ofrecer las pruebas pertinentes en su beneficio.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 articuló la incomunicación como una medida aplicable a la instrucción formal, esto es, de competencia del juez penal y en sede judicial. Sin embargo, el Código Procesal Penal de 1991, si bien la reguló acabadamente en el título correspondiente a la investigación formal, también la permitió en sede preliminar (art. 107º *in fine*); medida que, en todo caso, requiere orden judicial. Es obvio que la incomunicación tiene mayor efectividad cuando se utiliza en los primeros actos de la investigación, por lo que su requerimiento será mayor durante la investigación previa o preliminar, resultando razonable que previa decisión judicial, dictada a requerimiento del fiscal, en tanto conductor de la investigación del delito desde su inicio, pueda llevarse a cabo en sede policial o fiscal, bajo indispensable control judicial.

Así lo ha determinado la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Asunto "Acción de inconstitucionalidad contra la legislación de terrorismo" (STC Nº 10-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003).

6. PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A. Aspectos generales

1. La prisión preventiva, en primer lugar, como toda medida provisional está sujeta al principio *rebus sic stantibus*, en cuya virtud puede ser levantada en cualquier momento en que se modifiquen los presupuestos materiales que sirvieron para acordarla; esto es, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA, "*...no son definitivas y pueden ser alteradas por el resul-*

tado del proceso" [141]. Sin embargo, esta nota característica, según demuestra la experiencia, no es suficiente. Acogiendo esta regla de experiencia, el art. 7º.5 de la CADH prescribe que la privación de libertad está condicionada a un plazo razonable, de lo contrario el imputado debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El objetivo de este límite, señala la CoIDH es "*...proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado*" (Informe 12/96, párr. 76), el cual se da en interés del acusado y no de la justicia (Informe 35/96, párr. 70). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esa misma base legal tiene establecido que la finalidad del precepto es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable (STEDH, Asunto "Neumeister", de 27 de junio de 1968, párr. 4). Por ende, se busca evitar privaciones de libertad no razonables y, según estableció la CIDH, "*...tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente*" (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 70).

2. La CADH, nos dice GIALDINO, se refiere a dos clases de plazos: al del proceso en su conjunto y al de la prisión preventiva en particular, siendo este último necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio –CoIDH, Informe 12/96, párr. 110–, aunque los parámetros para evaluarlos guardan entre sí una marcada analogía, pero no confusión [142]. Esto último trae como consecuencia la regla o nota característica de la *temporalidad* de la prisión preventiva, derivada del principio de excepcionalidad de la misma; regla que obedece a razones de justicia y actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*. En virtud de su incorporación al sistema interamericano, la limitación temporal de la prisión preventiva tiene como objetivo hacer cesar el encarcelamiento preventivo, atendiendo al mero transcurso del tiempo.

3. Son dos los elementos que describen el plazo razonable de la prisión preventiva. El primero, está referido al cómputo de los períodos

---

[141] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 206.

[142] GIALDINO, Rolando: "La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos", en: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm.

de privación de libertad. El segundo, está circunscrito al conjunto de causas o criterios que pueden fundar una prolongación/mantenimiento de la restricción de libertad. En ambos supuestos es obvio que el análisis o control debe realizarlo "*in concreto*" (*vid.* CoEDH, Asunto "Vallon", de 8 de mayo de 1984, párr. 51).

4. El plazo de la prisión preventiva, desde luego, debe ser entendido como un límite máximo, aunque no necesariamente de carácter abstracto, expresado en un número fijo de días, semanas, meses o años, o varios períodos que dependan de la seriedad de la infracción (*vid.* STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 30). Cuando una legislación, como es la tendencia en el derecho comparado, fija un límite que siempre habrá de ser entendido como máximo y, por ende, no impide que en un caso concreto ese límite sea menor, el cómputo comprende desde el día de la detención, aunque ésta hubiese sido anterior a la fecha en que fue dispuesta la prisión preventiva al iniciarse la instrucción (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párrs. 34 y 70) hasta el juicio oral, así como el tiempo de los recursos a que pudo haber dado lugar la resolución de prisión preventiva (CoIDH, Informe 12/96, párr. 105), cuyo término es la excarcelación efectiva. La superación del plazo, *per se*, torna la prisión de irrazonable, no siendo necesario analizar las circunstancias de la causa.

5. El segundo elemento para definir el carácter razonable de la prisión preventiva está en función de las circunstancias concurrentes en el proceso, que se inclinarán por una u otra opción. Una primera condición, *sine qua non* de la subsistencia o regularidad de la medida, como acota PEDRAZ PENALVA, citando la jurisprudencia del TEDH (STEDH, Asunto "Stogmuller", de 9 de febrero de 1967, párr. 4), es (1) la persistencia de plausibles sospechas acerca de la participación en el hecho punible por el que se procede; y, (2) dada la insuficiencia del *fumus delicti comissi*, el análisis de los motivos de privación de libertad, lo que implica controlar su pertinencia y suficiencia (STEDH, Asunto "Wemhoff", 1 de abril de 1966, párr. 122; y STEDH, Asunto "Ringeisen", de 27 de noviembre de 1991, párr. 104).

6. La segunda condición está en la ponderación concreta acudiendo a tres circunstancias: complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal del acusado, las que deben valorarse siempre desde el criterio de proporcionalidad (SSCIDH, Asuntos "Genie Lacayo", de 29 de enero de 1997, párr. 77; y,

"Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 72). Habrá de tomarse en cuenta la naturaleza del delito, los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria necesaria para el esclarecimiento de los cargos; asimismo, el estudio del tiempo insumido durante la instrucción, el juzgamiento y el procedimiento recursal en su caso (que dice de la actividad o inactividad procesal de la autoridad judicial (STEDH, Asunto "Wemhoff", 1 de abril de 1966, párr. 16. CoIDH, Informe 12/96, párr. 105). Por último, también es de controlar la conducta procesal del procesado, en tanto en cuanto la demora efectiva del procedimiento puede ser imputable al abuso del reo del derecho a utilizar los resortes procesales disponibles con la intención de atrasar el procedimiento (CoIDH, Informe 64/99, párr. 60). En este supuesto lo que se censura es la obstaculización deliberada, la mala fe o los propósitos obstructivos del acusado (CoIDH, Informe 12/96, párrs. 103 y 105), siempre que la dilación del procedimiento sea directamente proporcional al tiempo transcurrido por esa causa (CoIDH, Informe 43/96, párr. 106).

B. Legislación y jurisprudencia nacionales

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al plazo razonable, tanto de la duración de la causa cuanto de la prisión preventiva, es un elemento que integra el contenido esencial del debido proceso, lo que permite asumir que el proceso no es un instrumento en sí mismo arbitrario, sino un mecanismo rodeado de elementos compatibles con la justicia [143]. Asimismo, ha resuelto que la libertad por exceso de detención (exceso del plazo de la prisión preventiva) "...lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficacia en la administración de justicia, optando por el mal menor de que un culpable salga libre mientras espera su condena, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado en espera de su tardía absolución definitiva. En tales circunstancias es obvio que hacer prevalecer el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal y cual lo proclama el artículo 1º de la Constitución" [144].

---

[143] Asunto "Juan García Boza", Exp. Nº 016-2001-HC/TC, de 19 de enero de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 435-439).

[144] STC, Exp. Nº 016-2001-HC/TC, Asunto "Juan García Boza", de 19 de enero de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 435-439).

En cuanto al plazo de la prisión preventiva, regulado por el art. 137º CPP 1991, recientemente modificado por la Ley Nº 27553, de 13 de noviembre de 2001, cabe decir lo siguiente:

1. El primer párrafo fija la regla general del plazo de la prisión preventiva. Un correcto entendimiento de ese dispositivo permite reconocer que existen dos plazos: *i)* el *común*, que es un plazo para delitos comunes, dividido en función de delitos graves y menos graves [145]; y, *ii)* el *excepcional*, que es otro plazo tanto para delitos exceptuados, cuanto para causas complejas. A su vencimiento, sin que se haya expedido sentencia de primer grado debe producirse la excarcelación inmediata.

En el primer supuesto el plazo es de nueve meses o de dieciocho meses (antes era de sólo quince meses), si el delito es menos grave o grave (sobre esa base se define el procedimiento ordinario abreviado o sumario, y el procedimiento ordinario común). En el segundo supuesto el plazo se duplica, esto es, dieciocho meses o treinta y seis meses.

2. Un problema fundamental tiene que ver con la interpretación que de esa norma asumió el Tribunal Constitucional. En la citada STC Nº 016-2001-HC/TC, y en otras muchas más, no diferenció entre delitos comunes y delitos exceptuados (no se puso en el caso de "causas complejas"). Sencillamente obvió esa diferencia y entendió implícitamente que tal supuesto era inexistente jurídicamente. Consecuentemente, declaró expresamente que sólo existía un único plazo para toda clase de delitos. Ni siquiera propuso una interpretación tendente a inaplicar esa diferencia de tratamiento por resultar irrazonable al vulnerar el principio de igualdad.

Tal posibilidad de inaplicabilidad normativa, en todo caso, sólo podría aceptarse si se toma como factor para generar una diferencia de tratamiento procesal a los delitos en sí mismos considerados, lo que no sería de recibo dado que la duración de la prisión preventiva no está conectada

---

[145] La STC, Exp. Nº 2177-2002-HC/TC, Asunto "Juan Ortega Ortega" (*El Peruano*, Lima, 2 de abril de 2003, pp. 6066-6067]) declaró que cuando la ley se refiere a "proceso ordinario" debe entenderse al actual procedimiento sumario, mientras que por "procedimiento especial" debe entenderse el actual proceso ordinario, ello hasta que entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal. En igual sentido se pronunció con anterioridad (*vid.* STC, Exp. Nº 1515-2002-HC/TC, Asunto "Blanca Nélida Colán Maguiño", de 5 de agosto de 2002 [*El Peruano*, Lima, 24 de octubre de 2002, pp. 5508-5509]).

con ese dato abstracto, aunque cabría acotar que la propia norma constitucional acepta esa diferencia, circunscribiéndola a la detención preliminar. Empero, tal inaplicación tendría problemas de fundamentación si quiere asimilarse acríticamente frente al otro supuesto de causas complejas, que objetivamente basa la diferencia sobre aspectos concretos del procedimiento radicados en la complejidad de las actuaciones.

Felizmente, el Tribunal Constitucional enmendó esa doctrina y estimó que en los delitos exceptuados y en las causas complejas, por imperio de la ley, el plazo límite se duplica automáticamente; y, sólo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, la prolongación de la detención (prisión preventiva) por un plazo igual al límite se acordará mediante auto debidamente motivado, a solicitud del Fiscal o con conocimiento del inculpado [146]. El Tribunal Constitucional distingue, entonces, entre duplicidad –automática por su propia naturaleza– y la prolongación, rogada y con trámite contradictorio [147].

---

[146] *Vid.* entre numerosas sentencias, STC Asunto "Rosa Hurtado Rojas", Exp. Nº 2114-2002-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 2 de abril de 2003, pp. 6064-6065); STC Asunto "Elías Chávez Peñaherrera", Exp. Nº 1725-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2000 (*Jurisprudencia penal*, ed. 2003, cit., T. I, pp. 59-60). Otro caso similar es la STC, Exp. Nº 330-2002-HC/TC, de 9 de julio de 2002, Asunto "James Ben Okoli y otro" (*El Peruano*, Lima, 22 de septiembre de 2002, pp. 5367-5368).

[147] STC, Exp. Nº 1724-2002-HC/TC Asunto "Marco Antonio Roca Alí" (*El Peruano*, Lima, 7 de marzo de 2003, p. 5887). En otra sentencia (STC, Exp. Nº 1300-2002-HC/TC, 7 de agosto de 2003, Asunto "Hugo Eyzaguirre Maguiña", http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1300-2002-HC.html), no sólo precisó su doctrina sobre la ley procesal penal en el tiempo, acogiendo las propuestas dogmáticas que hemos postulado anteriormente (que las normas procesales que rigen un acto procesal son las vigentes al momento en que éste deba realizarse; que la retroactividad sólo sería posible cuando un acto ya realizado es modificado por la nueva ley, sin embargo regirá la ley anterior cuando al tiempo de su vigencia, por ejemplo, los plazos ya se cumplieron; que la posibilidad de aplicación retroactiva beneficiosa es un problema del derecho transitorio y, por tanto, debe estarse a sus disposiciones), en cuya virtud –respecto a la modificación del art. 137º CPP por la Ley Nº 27553– ésta sólo será aplicable si al momento de su entrada en vigencia el plazo de 15 ó 30 meses fijados por el Decreto Ley Nº 25824 aún no había vencido; también estipuló, en orden al denominado "plazo excepcional", que éste –que importa la duplicidad del plazo común– es diferente del establecido por CPP y opera de manera automática, en cambio la prolongación del plazo se regula en el segundo párrafo del mismo artículo, y no es automática, pues requiere del cumplimiento de dos requisitos y requiere auto motivado, a solicitud del fiscal y con audiencia del imputado.

3. La nueva norma, para estos efectos de excarcelación, precisa lo que se debe entender por "procedimientos de naturaleza compleja". Impone dos requisitos conjuntos: debe tratarse de causas seguidas contra más de diez imputados (once como mínimo) y, adicionalmente, contra más de diez agraviados o en agravio del Estado. Es de rigor entender que la "complejidad" constituye un motivo absolutamente razonable y objetivo para introducir una pauta de diferenciación. La regla de experiencia incorporada sería: a más complejidad, mayor será el tiempo que se invierta en la investigación y enjuiciamiento de un caso.

4. El tercer párrafo de la norma permite la posibilidad de una prolongación de la prisión preventiva. Son dos los *requisitos materiales* que deben presentarse, conjuntamente, para que se disponga la prolongación: **a)** que concurran circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación o instrucción (estas circunstancias están conectadas con los avatares o dificultades para concretar los actos de investigación, y por cierto con la complejidad de la causa por razón de materia, de concurso de personas, etc.); y, **b)** que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia: se trata de una evaluación del *periculum libertatis* a la luz del tiempo transcurrido. El tiempo puede hacer variar el peligrosismo procesal y aconseja reexaminar el peligro de fuga, tal como lo ha declarado el TEDH en el Asunto "Letellier" de 26 de junio de 1991 y el Tribunal Constitucional español en el caso "Carlos Sotos" (Causa Nº 128/1995), así como de la moralidad y condiciones personales de arraigo del reo: número de hijos, personas a su cargo, vecindad conocida, trabajo estable (arraigo familiar, profesional y social), reputación o fama, medios económicos de que dispone, conexiones con otras zonas o países, etc. (STEDH, Asunto "Wemhoff", de 27 de junio de 1968). Se entiende que vencido el plazo de la prisión preventiva, sea el inicial o el prorrogado, el imputado, sin consideración de ninguna índole, debe recuperar su libertad [148].

Si se cumplen ambos requisitos la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo igual. Ello no significa, desde luego, que será automáticamente el tope del plazo, pues es posible fijar un plazo menor en función de las características de la causa. El Tribunal Constitucional

[148] STC, Exp. Nº 873-2000-HC/TC, Asunto "Luis Alberto Peraldo Jaramillo", de 18 de enero de 2001, párr. 3 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, cit., pp. 185-193).

ha aclarado que la prolongación también es de recibo respecto de los supuestos del plazo excepcional: no sólo es un plazo duplicado en sí mismo, sino que cabe su prolongación [149].

Los requisitos formales son: 1) que lo pida el Fiscal (no es posible que se acuerde de oficio o a pedido del actor civil) [150]; 2) que se expida un auto motivado; y, 3) que se ponga en conocimiento del inculpado [151]. La pregunta es: ¿el conocimiento es de la solicitud del fiscal o del auto que resuelva el petitorio fiscal? Respetando el principio de audiencia bilateral y en tanto no hay riesgo de infructuosidad de la prolongación con el conocimiento, considero que debe correrse traslado del dictamen fiscal al imputado en cárcel. Por lo demás, es obvio que toda resolución debe ser notificada, de suerte que una reiteración no tendría sentido.

La doctrina establece que la prolongación de la prisión preventiva ha de hacerse de manera expresa y antes de que transcurra el plazo máximo ordinario, es decir, el establecido sin contar el de la prórroga [152]. De igual manera el Tribunal Constitucional de España así lo ha declarado en la causa Nº 41/1996, lo que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional [153]. Nuestro Tribunal Constitucional en un fallo reciente ha estipulado que la prórroga, luego de vencido el plazo máximo ordi-

---

[149] STC, Exp. Nº 0290-2002-HC/TC, Asunto "Eduardo Calmell Del Solar Díaz", de 6 de enero de 2003, párr. 6 [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0290-2002-HC.html].

[150] La STC, Exp. Nº 593-2002-HC/TC, Asunto "Jorge Medina Gavilán", de 9 de julio de 2002, ha declarado que se vulnera el derecho al debido procesado y de defensa del imputado, cuando se acuerda la prórroga sin que el actor haya sido citado o emplazado (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 458-459).

[151] Si no se pone en conocimiento el trámite de prolongación, en rigor el pedido del Fiscal, la decisión viola el derecho a la libertad individual: STC, Exp. Nº 593-2002-HC/TC, Asunto "Jorge Javier Medina Gavilán", de 9 de julio de 2002 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, cit., pp. 202-206).

[152] MORENO CATENA *et al.*: *El proceso penal*, cit., Vol. II, p. 1715.

[153] La STC, Exp. Nº 1470-2002-HC/TC, Asunto "Hernán Adolfo Montenegro Rodríguez", de 9 de julio de 2002, párr. 3 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, cit., pp. 179-184). Dice la sentencia que el auto de prórroga debe adoptarse antes del plazo de vencimiento de la privación de libertad, amén de dictarse a pedido del Fiscal y con audiencia del interesado (hoy sólo requiere previo conocimiento del imputado en cárcel).

nario no tiene relevancia constitucional y debe solucionarse con arreglo al derecho ordinario.

5. El cuarto párrafo introduce una modificación radical en materia de cómputo del plazo de la prisión preventiva. El citado artículo no sólo estipula que el plazo no corre cuando el inculpado retarda maliciosamente la causa (sexto párrafo) [154], sino que no se considera el tiempo de permanencia en un Establecimiento Penal "cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado la nulidad".

En cuanto al primer extremo de la norma, es de tener presente que los plazos no corren en los casos de dilaciones maliciosas imputables al imputado o su defensa. La conducta maliciosa está definida en el art. 112º CPC. Los supuestos de dilación maliciosa son los siguientes:

1. Manifiesta carencia de fundamento jurídico de un medio impugnatorio o articulación.
2. Peticiones amparadas en hechos falsos, y que el imputado o su defensa tengan conocimiento que son contrarios a la realidad.
3. Mutilación, inutilización o sustracción de alguna parte del expediente.
4. Utilización de un acto procesal con fines claramente ilegales o con propósitos claramente dolosos o fraudulentos.
5. Obstrucción de la actuación de medios de investigación o de prueba.

Por otro lado, en lo atinente al segundo extremo de la norma, de muy mala concepción y redacción, no puede aceptarse que se trata de dos supuestos distintos: procesos complejos y procesos que en su día fueron anulados con motivo de un recurso superior. Entender que la prisión preventiva dictada en un proceso complejo no está sujeta a la característica de temporalidad no sólo entra en colisión con la regla del primer párrafo, que fija reglas propias de tiempo para esos casos, sino que importa un caso obvio de irrazonabilidad por vulnerar el principio de igualdad (es notoriamente insuficiente entender como factor dife-

---

[154] El Tribunal Constitucional ha considerado legítima esa excepción y, en tal virtud, constatado que los imputados dilataron las diligencias por mayor tiempo del debido, ese lapso no se computa (STC, Exp. Nº 523-2001-HC/TC, Asunto "Julio Fretel Colqui", de 23 de noviembre de 2001 [*El Peruano*, Lima, 8 de marzo de 2002, pp. 4864-4865]).

rencial que el riesgo de fuga permanece inmutable cuando media una causa compleja, y es posible su variación cuando se trata de causas simples). Por tanto, sólo cabe una interpretación correctora que armonice con la *ratio* de la institución de prisión preventiva. En tal virtud, la conjunción disyuntiva "o" en realidad debe ser la conjunción copulativa "y", de suerte que en procesos complejos, cuando el tribunal revisor anule la causa hasta el punto de disponer la renovación de todo el proceso y se dicte un nuevo auto de instrucción, se entenderá que el tiempo transcurrido con ocasión del auto de prisión anulado no rige. Este es el caso del primer extremo del art. 299º CPP: "La Corte Suprema, [...] puede anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro Juez Instructor; o declarar sólo...".

Asimismo, dicho párrafo estipula que en los "casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos en fueros diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención". Este supuesto pretende resolver un problema reciente vinculado a la anulación de sentencias de los Tribunales Militares con motivo de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se estableció su incompetencia material para conocer los hechos que dieron lugar al proceso penal militar. Es verdad, también, que un supuesto similar se presentaría si el Tribunal Constitucional, aceptando una acción de garantía, dispone la anulación de fallos militares. Pues bien, en esos casos y sólo en esos casos, tampoco se computa el tiempo de privación cautelar de la libertad e inclusive de la pena privativa de libertad impuesta, plazo que recién empieza a correr desde el momento en que se dicte el nuevo auto de detención [155].

---

[155] Entre otras, la STC, Exp. Nº 525-2001-HC/TC, Asunto "Santos Mondoñedo Robles", de 1 de agosto de 2002, párr. 2 (*El Peruano*, Lima, 12 de setiembre de 2002, pp. 5279-5580), señaló que: "El período de detención sufrido por el accionante debe contabilizarse ya sea desde la fecha en que las autoridades judiciales competentes inicien el proceso que le corresponda o desde la fecha de publicación de la sentencia emitida por este Tribunal en este expediente [Exp. Nº 005-2001-AI/TC]; esto es, el dieciséis de noviembre del año dos mil uno; y, entre ellas, debe considerarse la que resulte más beneficiosa para su caso. Por último debe señalarse que la medida cautelar se produjo en virtud de una condena y no en cumplimiento de una medida coercitiva personal, supuesto básico para invocar la libertad por exceso de detención". En la STC, Exp. Nº 282-2002-HC/TC, Asunto "Betty Francisca Ramírez Camargo", de 11 de julio de 2002, párr. 2, invocando precedentes jurisprudenciales consolidados, precisó que: "...el nue-

6. Esta "ficción legal" ha sido expresamente aceptada por el Tribunal Constitucional en el Asunto "Jaime Castillo Petruzzi". Allí precisó que la regularidad de ese cómputo, iniciado a partir del nuevo proceso, es incuestionable, "...pues el órgano judicial tiene derecho a un plazo razonable para administrar justicia. Además, el nuevo proceso penal es un reconocimiento de la Corte Interamericana al derecho de defensa del actor que fue condenado en un proceso militar irregular, reconocimiento que lo beneficia, pero que implica, en contrapartida, el respeto del procedimiento al que resulta sometido, lo que supone la vigencia de los plazos respectivos, incluyendo los relacionados con las medidas preventivas y de seguridad" [156].

Más allá de ese dato, es de tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en los Asuntos "Genie Lacayo" de 29 de enero de 1997, "Suárez Rosero" de 12 de noviembre de 1997, y "Paniagua Morales y otros" de 8 de marzo de 1998, en la que expresamente aceptó el criterio adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De ella fluye: **a)** que el concepto de "plazo razonable", que no es de sencilla definición ni permite plazos fijos o abstractos, requiere realizar un análisis global del procedimiento para determinar caso por caso si se está ante una "dilación indebida"; **b)** que son tres los elementos que se deben tomar en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. (El TEDH, en cuanto a la prisión preventiva, también incorporó otros dos elementos: la gravedad del delito imputado [Asunto "Tomasi" de 27 de agosto de 1992] y el riesgo de fuga [Asunto "Van der Tang" de 13 de julio de 1995]); **c)** que lo complejo de un asunto está en función de la extensión de las investigaciones y de la amplitud de las pruebas, así como de la multiplicidad de instancias o recursos; **d)** que, en cuanto a la actividad procesal del imputado, debe advertirse si él ha realizado una conducta incompatible o si ha entorpecido la tramitación de la causa, que es lo que se denomina "defensa obstruccionista"; **e)** que, en lo atinente a la conducta del órgano judicial, está en función de si éstas han incurrido en

---

vo proceso, desde este punto de vista, puede considerarse como una posibilidad beneficiosa y debe cumplir el trámite de ley..." (*El Peruano*, Lima, 15 de noviembre de 2002, pp. 5539-5540).

[156] STC, Exp. Nº 1170-2001-HC/TC, Asunto "Jaime Francisco Castillo Petruzzi", de 12 de noviembre de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 432-434).

dilaciones excesivas, tomando en cuenta la propia entidad de la causa; f) que el plazo se aprecia desde el momento en que se aprehende al imputado (se incluye detención policial) y culmina cuando se dicta sentencia definitiva (incluyendo los recursos); y, g) que, en los casos que conoció, la CIDH consideró (Asunto "Genie Lacayo") que 50 meses es un plazo no razonable como duración global del procedimiento, y en otra oportunidad consideró que cinco años es excesivo (Asunto "Suárez Rosero").

Desde esta jurisprudencia cabe censurar la legislación nacional que eventualmente en procesos complejos podría aceptar como plazo legal hasta un máximo de seis años de encarcelamiento preventivo; y, eso sin contar lo que puede durar un recurso superior. En tanto se considera, desde ya, como un plazo excesivo aquél que supera los cincuenta meses, o sea un poco más de cuatro años, y eso tomando en cuenta causas realmente complejas, no puede aceptarse en un caso concreto un plazo de esa extensión. Es más, la jurisprudencia constitucional española dice que el plazo razonable en una causa determinada puede ser sensiblemente menor al plazo máximo legal, atendiendo a la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente, con lo que la duración de la prisión preventiva no obedece ni a una conducta meramente inactiva del juez, ni puede ser provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional (SSTCE, 206/91 y 41/1996).

7. Por último, el Parágrafo V del nuevo art. 137º CPP introduce un nuevo plazo una vez que se dicta sentencia de primera instancia y ésta es recurrida. El plazo se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta. ¿Es un plazo nuevo o una reestructuración del mismo? Creemos que es un plazo reestructurado que exige un reordenamiento del criterio legal anterior. El preso preventivo sólo podrá estar en esa calidad, iniciado el procedimiento recursal, hasta que supere la mitad de la pena impuesta por el juez de instancia; por ende, si ese plazo ya operó, debe otorgársele libertad inmediata.

7. RECURSOS CONTRA LA PRISIÓN PREVENTIVA

El vigente art. 138º CPP 1991 regula el derecho de impugnación del imputado contra el auto de prisión preventiva. Dos son los recursos

impugnatorios que expresamente se prevén: el recurso de queja y el recurso de apelación.

1. El *recurso de queja* es una impugnación que procede contra los mandatos de prisión preventiva inmotivados, o sea, cuando el juez no expresa los razonamientos fácticos y probatorios, así como los fundamentos de derecho, que sustentan la medida de prisión preventiva. En este supuesto los considerandos del auto judicial no permiten establecer cuáles son los criterios asumidos por el juez para privar provisionalmente de la libertad deambulatoria al imputado, ni contienen un análisis probatorio –de los indicios procedimentales– aunque sea muy conciso sobre el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*, en sus diversas manifestaciones. En este caso se reputa que el auto de prisión es un *acto procesal ilegal*, pues si se consigue que se declare fundado el recurso éste no produce efectos jurídicos. El auto de prisión inmotivado es una resolución donde se constata "vicios de actividad", o sea irregularidades en el proceso de formación de la resolución, que la torna inexistente o anulable.

2. El *recurso de apelación* procede contra los autos de prisión injustos, vale decir, cuando el razonamiento judicial expuesto en la resolución sobre la base de los indicios delictivos y de las exigencias jurídicas de la institución no se condice, a juicio del recurrente, con el mérito de lo actuado y de la ley. En este caso se estima que el auto de prisión es un *acto procesal injusto* –adecuado a la ley, pero alejado del ideal de justicia–, por lo que contra él no cabe un remedio como es la anulación y sí tan sólo la revocación, pues sólo presenta "defectos de juicio". Siendo así, es de concluir con CORTÉS DOMÍNGUEZ, que el recurso de apelación es concebido como un medio típico de gravamen [157]. La Corte Suprema ha establecido que el Tribunal revisor está autorizado a merituar (valorar) debidamente las nuevas pruebas aportadas durante el procedimiento recursal, y que si no lo hace incurre en nulidad de actuados [158].

3. El término para interponer ambos recursos es, según la doctrina jurisprudencial, de tres días, contados a partir del momento en que el imputado tiene conocimiento fehaciente de dicha medida (*vid.* art. 376º.1

---

[157] CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 335-338.

[158] Ejecutoria suprema de 13 de enero de 1994, Exp. Nº 1021-93-Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 331-332).

CPC) [159]. Este término es el mismo que el previsto en el art. 344º del CPP 1991.

Los dos recursos se interponen ante el juez que dictó la medida, el cual debe dictar la resolución admisoria –o inadmisoria, de ser el caso– en el plazo de 24 horas y, acto seguido, formar el cuaderno respectivo y elevarlo al Superior Tribunal en el mismo plazo. La interposición del recurso no interrumpe la ejecución del mandato de prisión, en atención al principio de ejecución provisional de las resoluciones impugnadas, reconocido por lo demás legislativamente en el art. 336º CPP 1991. Además, la ley rituaria, en su mismo texto (art. 138º *in fine*), preceptúa que el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo. En ambos casos, como lo ha determinado la Corte Suprema, no se exige que el imputado se ponga a derecho [160].

4. Si se acoge el recurso de queja, el efecto que trae consigo sería: **a)** anular el mandato de prisión preventiva, al infringirse el art. 139º.5 Const. e incurrir en la causal de nulidad prevista en los arts. 298º.1 CPP 1940 y 325º.3 CPP 1991; **b)** apartar al juez del conocimiento de la causa y remitirla a otro juez, con lo que se respetaría la garantía de imparcialidad y, por ende, se evitaría la contaminación propia de quien ha conocido aspectos sustanciales del proceso; y, **c)** dictar las medidas disciplinarias que el caso amerite. Al nuevo Juez le corresponde dictar una nueva medida, respetando el principio de motivación. No es imperativo que la medida sea de prisión preventiva, aun cuando el tenor del art. 138º pareciera indicarlo así, puesto que en todo caso prima el principio constitucional de autonomía jurisdiccional [161].

---

[159] Acuerdo Plenario Nº 6-98 (*Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 177-180).

[160] Ejecutoria superior de Lima de 11 de setiembre de 1988, Exp. 04-88 (CORTE SUPERIOR DE LIMA: *Jurisprudencia Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 269).

[161] La Corte Suprema en la Ejecutoria suprema de 11 de setiembre de 1997, Exp. Nº 4192-95, Cusco, señaló en esa misma perspectiva: "Tratándose de la omisión del Juez penal en fundamentar el mandato de detención [prisión preventiva], la Sala Penal Superior debe pronunciarse declarando ya sea fundada o infundada la queja [...]; que, al ser declara fundada la queja, el colegiado debe disponer la remisión del proceso a otro Juez a fin de que previo análisis del mismo, dicte la medida coercitiva de carácter personal que correspondía a su criterio..." (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 185).

Si se acoge el recurso de apelación, el Superior Tribunal revocará el auto de prisión y dictará la medida sustitutiva que corresponda: comparecencia simple o restrictiva, según el caso.

8. PRISIÓN PREVENTIVA Y PARÁMETROS DE LOS CUATRO AÑOS

El legislador de 1991 consideró que un criterio objetivo del *periculum libertatis*, para apreciar el "peligrosismo procesal" era el de una de privación de libertad superior a los 4 años que podría merecer el imputado en caso de condena. Este criterio fue asumido sobre la base que hasta los 4 años de pena privativa de la libertad es posible imponer una pena de ejecución suspendida condicionalmente (art. 57º.1 del Código Penal). A partir de esa premisa se estimó que los encarcelamientos preventivos disminuirían considerablemente; sin embargo, no se advirtió que los jueces interpretarían este requisito como definitorio para dictar el mandato de prisión y que la implementación de una política criminal sobrecriminalizadora tuvo como uno de sus ejes centrales aumentar consistentemente las penas con el propósito deliberado de punir desde el proceso penal, es decir, de estructurar enjuiciamientos con reos en cárcel y delitos inexcarcelables.

Por ello, la necesidad de configurar correctamente la prisión preventiva a partir del principio de excepcionalidad obliga a redefinir el principio de proporcionalidad, es decir, a no centrarlo exclusivamente en el binomio pena conminada vs. prisión preventiva. Si se tiene en consideración que el principio de proporcionalidad, como explica PEDRAZ PENALVA, exige al legislador prever los medios adecuados y exigibles para alcanzar el objetivo propuesto [162], el criterio sustancial no debe estar –como ya precisamos– en la pena probable, pues ello configuraría la detención como un anticipo de pena, con infracción al principio de inocencia y del juicio previo, sino en los peligros para la ejecución de la probable sentencia condenatoria, en el que la pena previsible –siempre que sea grave– sería un factor que obligatoriamente debe estar unidos a otros (v. gr.: arraigo en el país, carácter y moralidad, etc.). Por otro lado, Tampoco puede admitirse que una pena privativa de la

[162] PEDRAZ PENALVA: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", cit., p. 83.

libertad mayor de 4 años es grave, puesto que ese límite es, en todo caso, el de una pena leve: por debajo de él procede imponer una condena condicional. Por tanto, habría que pensar si se quiere consignar un límite objetivo –con los peligros que conlleva– mucho mayor, entre seis y ocho años, como sería el caso de la prisión preventiva en el Código argentino.

V. LA COMPARECENCIA

1. ASPECTOS GENERALES

La comparecencia es una medida provisional personal que presupone una mínima constricción posible de la libertad personal. El imputado está sujeto al proceso, de ahí que siempre representa una limitación a la libertad personal, pero ésta es mínima, toda vez que no es detenido o ingresado a un establecimiento penal [163]. La libertad de movimientos y ambulatoria está afectada ligeramente, pues cuando se le cite está obligado a comparecer, sea para que preste declaración o para que intervenga en alguna diligencia procesal (*vid.* art. 144º, primer párrafo, CPP 1991, modificado por la Ley Nº 26480, de 15 de junio de 1995).

Esta medida se deriva del principio de proporcionalidad (subprincipio de necesidad), vinculado a la intensidad de las restricciones, de suerte –como apunta LLOBET RODRÍGUEZ– que cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro de fuga, peligro de obstaculización o de reiteración (este último no aceptado en nuestra legislación), debe acudirse a dichas medidas [164].

En principio, la comparecencia procede en defecto de los requisitos previstos para la prisión preventiva; está definida negativamente, tal como ha sido puntualizado por la jurisprudencia superior [165]. Sin embar-

---

[163] La Corte Superior de Lima ha establecido al respecto que la "comparecencia es un estado procesal de sujeción al proceso y no simplemente un emplazamiento a concurrir a la instructiva" (Ejecutoria superior de 24 de noviembre de 1998, Exp. Nº 43-98-A [BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 685]).

[164] LLOBET RODRÍGUEZ: *Proceso penal comentado*, cit., p. 549.

[165] Ha declarado la Corte Superior de Puno que: "Ante la ausencia de uno de los presupuestos para ordenar el mandato de detención, procede aperturar el proceso con orden de comparecencia" (Ejecutoria superior de 1 de junio de 1999, Exp. Nº 99-174

go, positivamente, está prevista para las imputaciones por delitos leves o de mediana entidad y para aquellos casos en que no exista peligrosidad procesal de intensidad excepcional [166]. Además, está configurada como una alternativa a la prisión preventiva, para lo cual la Ley ha reconocido

---

[ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, Academia de la Magistratura, Lima, 1999, p. 491]). Con mayores argumentos, la Corte Superior del Cono Norte de Lima, puntualiza: "El mandato de comparecencia es dictado en los casos que no procede mandato de detención, esto es, en defecto de la concurrencia de cualquiera de los siguientes presupuestos materiales: prueba suficiente, pena probable y peligro procesal; bastando sólo la ausencia de uno de estos presupuestos para que no se configure mandato de detención alguno, quedando expedita la vía para acceder a las demás medidas de coerción personal que los hechos y las circunstancias ameriten al caso" (Ejecutoria superior de 11 de enero de 1999, Exp. Nº 98-77-SPO1 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 488]). Sobre perspectivas básicamente dogmáticas, la Corte Superior de Lima estableció que "la medida de detención [en línea contraria] tiene carácter excepcional y las medidas coercitivas deben guardar proporción con la gravedad del daño causado y la peligrosidad del procesado; si la prognosis de la pena a imponérsele no supera los cuatro años de pena privativa de la libertad es del caso dictar orden de comparecencia" (Ejecutoria superior de Lima de 24 de noviembre de 1997, Exp. Nº 8004-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999, p. 241]).

[166] La Jurisprudencia superior ha determinado, por ejemplo, que las sospechas simples, sobre la base de información policial, determinan la orden de comparecencia (Ejecutoria superior de Puno de 24 de mayo de 1999, Exp. Nº 45-L-1-99 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 496]); o que si el pronóstico de pena sería menor a los cuatro años debe dictarse comparecencia (Ejecutoria superior del Cono Norte de Lima de 9 de agosto de 1999, Exp. Nº 99-437-SPO1 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 507]); o si el imputado tiene domicilio y trabajo y asistió a las diligencias policiales no existe peligro de fuga (Ejecutoria superior de Lima de 20 de octubre de 1998, Exp. Nº 4763-98-A [BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 687]). Es censurable, por vulnerar el derecho de defensa y la libertad de declaración, que el criterio para definir la medida provisional personal pueda ser la actitud asumida por el imputado ante la policía que demuestra su falta de sinceridad (Ejecutoria superior de Lima de 19 de enero de 1998, Exp. Nº 7218-97-A [BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 688]). Otra Ejecutoria superior de Lima es la de 10 de noviembre de 1999, Exp. Nº 3265-97-C, que estipula que si los procesados "han acreditado domicilio y trabajo conocido, lo que sumado a sus características personales y nivel de instrucción permiten deducir que no buscarán eludir la acción de la justicia ni perturbar el desarrollo del proceso ", presenta una concepción de clase tan marcada y genérica que no es satisfactoria: el nivel de vida y rasgos sociales, son siempre factores ambivalentes, por lo que la inclinación por uno u otro debe motivarse cuidadosamente (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., pp. 233-234).

un conjunto de restricciones que pueden imponerse, según la entidad del delito y el nivel del peligro procesal indiciariamente acreditado. De ahí que podamos clasificar la comparecencia, en simple y restrictiva.

El imputado, en el caso de la comparecencia restrictiva, está obligado a observar las restricciones impuestas. De lo contrario, conforme al art. 144º, segundo párrafo, CPP 1991, modificado por la Ley Nº 26480, de 15 de junio de 1995, previo requerimiento realizado por el Fiscal o el Juzgador (se entiende, en el actual sistema mixto del CPP 1940, únicamente por el Juez, sea el Instructor –o Juez Penal– o la Sala Penal Superior), se revocará la medida y se dictará mandato de detención –prisión preventiva–; de ser el caso, y según las alternativas vulneradas, perderá la caución y se ejecutará la garantía patrimonial constituida o la fianza personal otorgada (*vid.* art. 143º.5 CPP 1991). Si se ha dictado mandato de comparecencia simple, el incumplimiento a la citación –sea para la instructiva o para cualquier acto o diligencia procesal– determina la orden de conducción compulsiva, que será ejecutada por la Policía.

El auto que dicta mandato de comparecencia es impugnable por las partes (Fiscal y el propio imputado si cuestiona una restricción en particular), inclusive por la parte civil según lo ha determinado la jurisprudencia superior [167].

2. La comparecencia simple

La comparecencia, en cuanto a sus presupuestos, está delimitada negativamente. Señala el art. 143º, primer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991 que se dictará comparecencia cuando no corresponda la medida de detención; esto es, cuando no existan pruebas acabadas de la comisión de un delito doloso, o cuando los recaudos acompañados por el Fiscal no permitan formular un juicio de probabilidad delictiva del imputado, o cuando la sanción a imponerse en caso de condena no superaría los 4 años de privación de libertad y/o no exista suficiente peligro de fuga o de oscurecimiento de la actividad probatoria.

El último extremo del Párrafo final del art. 143º del Código Procesal Penal de 1991 prevé la comparecencia simple. Señala que se prescin-

---

[167] Ejecutoria superior de 11 de enero de 1999, Exp. Nº 98-77-SPO1 (Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 488).

dirá de las restricciones, "si el hecho punible denunciado está penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen...".

Se considera *hecho punible leve* cuando la sanción conminada en abstracto no supera, en ningún caso, los cuatro años de privación de libertad. En estos supuestos la posibilidad de una pena privativa de libertad efectiva es de difícil imposición, por cuanto cabe suspender la ejecución de la pena (art. 57º.1 del Código Penal), reservar el fallo condenatorio (art. 62º.1 del Código Penal) o, en su defecto, convertir la pena privativa de libertad a multa, prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres (arts. 32º y 52º del Código Penal). La ley presume que, en estos casos, al no haber riesgo de una pena corporal efectiva, las posibilidades de afectar el proceso por la fuga o por acciones de oscurecimiento de la actividad probatoria son muy escasas, por lo que no es del caso utilizar la medida de detención concebida precisamente para combatirlos.

La otra causal para dictar mandato de comparecencia estriba en que las pruebas aportadas no justifican imponer restricciones. El aporte probatorio que alude la ley se refiere a los extremos de la imputación y a la peligrosidad procesal. El hecho punible imputado puede no ser leve (conminación penal –en el extremo más grave– superior a los 4 años de privación de libertad), pero si el *fumus boni iuris* no está acreditado según las exigencias cautelares ya descritas o si bien el delito puede merecer, en caso de imponer sentencia condenatoria, pena superior a 4 años de privación de libertad o no existen evidencias razonables de peligrosidad procesal, el juez está obligado a dictar mandato de comparecencia simple.

La *conducción compulsiva* está condicionada al incumplimiento, se entiende injustificado, de la citación para declarar o para otra diligencia procesal. Se cumple por la policía e importa la ubicación y conducción por la fuerza del omiso ante el órgano jurisdiccional requiriente. Cesa una vez realizada la diligencia que determinó su imposición y a la que no asistió el imputado. En todo caso, debe levantarse antes de las 24 horas de ejecutada.

La conducción compulsiva no sólo está reservada al Juez. En cuanto se trata de una afectación mínima a la libertad personal, también podría dictarla la Policía y el Ministerio Público. El poder de investigación que tienen policías y fiscales no podría ejercerse de estar imposibilitados de convocar a los presuntos implicados, y a terceros inclusive, para la realización de las averiguaciones correspondientes. Ahora bien, el

art. 67º del Código Procesal Penal de 1991 autoriza al Fiscal que en caso de inconcurrencia a una citación pueda disponer la conducción compulsiva del omiso.

3. COMPARECENCIA RESTRICTIVA

El vigente art. 143º CPP 1991 prevé dos modalidades de comparecencia restrictiva: *obligatoria* y *facultativa*. La primera se dicta a los imputados valetudinarios. La segunda se impone a los imputados por delitos de mediana entidad y/o cuando existan riesgos no graves de fuga o de perturbación de la actividad probatoria (siempre las dos funciones asignadas a las medidas preventivas personales que limitan la libertad individual: cautelar y aseguratoria de la prueba). Es obvio que deben existir suficientes indicios delictivos de la comisión de un delito y de la vinculación del imputado como autor o partícipe del mismo, así como algunos datos razonables que permitan fundar un juicio, si bien atenuado, de peligro procesal. La intensidad del peligro procesal determina, en atención al principio de proporcionalidad, la propia imposición de la comparecencia restrictiva y de las alternativas correspondientes.

A. La comparecencia restrictiva obligatoria

Se trata de una alternativa a la detención radicada en los imputados mayores de 65 años de edad que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. En estos casos, de no tratarse de una persona valetudinaria, correspondería dictar mandato de detención.

La situación especial de quien es mayor de 65 años de edad y está enfermo o incapacitado, obliga tanto a morigerar la reacción procesal –por el grave peligro para la salud que entrañaría un encierro en un establecimiento penal–, cuanto a estructurar un modo menos intenso de sujeción al proceso que el internamiento en una cárcel, siempre y cuando no haya riesgos –presentes y de primer orden– de perturbación de la actividad probatoria o de fuga. Se trata de supuestos, como apunta BARONA VILAR, en los que se da una presunción de debilitamiento, a los efectos de escapar a la justicia y, en consecuencia, el tan proclamado principio de proporcionalidad juega un papel fundamental, por cuanto

la detención judicial ordinaria llegaría a ser desproporcionada a los fines que con ella se cumplen [168]. La ley presume que esta personas requieren, como apunta ASENSIO MELLADO, una atención y un trato especial que es imposible dispensarle en la prisión [169].

La restricción especialmente concebida para estas personas es la "detención domiciliaria". Esta restricción se cumple en el propio domicilio, lo que no excluye que lo sea en otro domicilio señalado por el Juez, con la vigilancia que se considere necesaria [170]. Como quiera que una de las ventajas de esta medida frente a la detención ordinaria, según su lógica histórica –que FAIRÉN GUILLÉN la remonta al proceso aragonés de Manifestación–, es que el sujeto no pierde su trabajo, pérdida que no puede ser remediada –por su manifiesta limitación– con el trabajo penitenciario, es absolutamente posible que se permita al imputado en situación de detención domiciliaria poder desempeñar un trabajo profesional o productivo fuera de su domicilio. Por otro lado, es obvio que esta opción será viable para la detención restrictiva facultativa, en que la detención domiciliaria puede recaer en personas que no adolecen de alguna enfermedad o incapacidad, con lo que esta medida en nuestro ordenamiento jurídico se configura no como un régimen atenuado de detención sino como una alternativa a él [171].

B. La comparecencia restrictiva facultativa

Cuando no corresponda dictar mandato de prisión preventiva ni, obligatoriamente, detención domiciliaria, y siempre que exista determi-

---

[168] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 227-228.

[169] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 200.

[170] El Tribunal Constitucional ha estipulado que respecto de la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la prisión preventiva: "...La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad" (STC, Exp. Nº 1565-2002-HC/TC, Asunto "Héctor Chumpitaz Gonzales", 5 de agosto de 2002, párr. 3 [*El Peruano*, Lima, 12 de setiembre de 2002, pp. 5288-5290]).

[171] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 230.

nado riesgo, aun cuando no de primer orden, de no comparecencia o de entorpecimiento de la actividad probatoria el juez podrá dictar mandato de comparecencia con una o alguna de las 5 restricciones que se enumeran el art. 143º, tercer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991. Estas medidas, que luego se detallarán, tienen un carácter autónomo, pues son independientes unas de otras, al punto que pueden ser impuestas varias de ellas de modo simultáneo; y, buscan evitar el recurso a la detención judicial, construyendo un sistema alternativo a la relación comparecencia libre vs. detención judicial, de suerte que además reduzca la tasa de presos sin condena y disminuya la duración de la misma, intensificando el respeto de los derechos fundamentales y adecuando la defensa de los fines del proceso y el aseguramiento de la posible sentencia condenatoria con el principio de presunción de inocencia [172].

Las alternativas o restricciones, que indistintamente están relacionadas con el peligro de fuga (v. gr.: arresto o detención domiciliaria) o con el peligro de obstaculización (v. gr.: prohibición de comunicarse con determinadas personas) son las siguientes:

1. Detención domiciliaria o permanencia vigilada en el domicilio.
2. Vigilancia de individuos o instituciones.
3. Orden de comparecer periódicamente o de no ausentarse.
4. Prohibición de comunicarse con determinadas personas.
5. Imposición de una caución económica.

El último párrafo del citado art. 143º prescribe que estas restricciones pueden imponerse solas o combinarse varias de ellas, según resulte adecuada al caso, de suerte que guiará la decisión judicial el principio de proporcionalidad. Además, corresponde al juez tomar las providencias necesarias para garantizar su cumplimiento. Ello significa que la ley sólo enumera las restricciones y deja al arbitrio judicial los controles que debe impartir para evitar que el fin procesal se vea alterado.

La orden de comparecer ante ciertas autoridades, que no necesariamente ha de ser la judicial –con lo que sigue el ejemplo germano–, es considerado como uno de los sustitutivos de la detención más efectivos, aunque su efectividad depende de la organización institucional que la sustente.

---

[172] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 208-209.

La orden de no ausentarse de un determinado lugar, que es de muy difícil control, importa una limitación al derecho a la circulación o libertad de tránsito (art. 2º.11 Const.), que puede comprender una zona de la ciudad, un departamento, una provincia, un distrito, un círculo de población o una comunidad. Su fundamento reside en la idea de que el imputado sometido a esta medida vive en condiciones ordenadas de vida y en su propio lugar de domicilio, ya que, de esa manera, puede considerarse como absolutamente integrado.

La caución es la garantía que el procesado ha de prestar y que se destina a responder de su comparecencia cuando es llamado por el juez que conoce de la causa. En tal virtud, como no responde a los perjuicios ocasionados por el delito, para determinar su calidad o clase y su cantidad o cuantía, apunta LORCA NAVARRETE, se tomará en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial [173]. El criterio sustancial que marca el monto de la cuantía de la caución es, por consiguiente, la posibilidad o intensidad de que existan riesgos para los fines del proceso. Sólo desde esa perspectiva se aprecian dos circunstancias concretas: gravedad del delito y el estado social y los antecedentes del reo, sin perjuicio de tener presente sus posibilidades económicas a fin de evitar cauciones muy elevadas y, de este modo, no discriminar a las personas por razón de su situación económica, lo que traería consigo la infracción al principio de igualdad. El monto de la caución puede ser variado, aumentado o disminuido en cuanto resulte necesario para asegurar los fines del proceso.

La jurisprudencia suprema tiene las siguientes directivas al respecto: 1) Que debe fijarse si se trata de inculpados con solvencia económica, 2) que su objeto exclusivo es que el imputado comparezca al ser llamado por el Juez, tanto para cumplir actos procesales, como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas, y 3) que se determina tomando en cuenta la naturaleza del delito, es decir, su gravedad, impacto social, el daño causado, y las condiciones personales del imputado [174].

---

[173] LORCA NAVARRETE, Antonio: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 271.

[174] Ejecutoria suprema de 12 de enero de 1998, Exp. Nº 5115-97 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 187).

La jurisprudencia superior considera; 1) que, para fijar su cuantía, debe atenderse a la situación económica del imputado, educación, profesión y situación familiar [175]; 2) que no debe imponerse cuando no existe el peligro procesal que se pretende evitar al imponer dicha obligación, así como también cuando de los primeros recaudos que se adjuntan no existe una imputación directa sobre el imputado [176] (criterio que, en puridad y como se ha precisado, es el propio para imponer comparecencia simple). La Ejecutoria superior de Lima de 25 de noviembre de 1998 señaló que como la norma no establece de manera alguna que la caución puede ser sustituida por el otorgamiento de una fianza personal, ésta no debía aceptarse [177]; empero, si bien es cierto que el numeral del art. 143º comentado no establece, como lo hace el vigente art. 183º CPP 1991 dedicado a la libertad provisional, la posibilidad de ofrecer una fianza personal, ello no puede ser óbice para no aceptarlo en el caso de la comparecencia restrictiva, pues se impone, a favor del reo, una lógica integrativa atendiendo a la igualdad esencial del objetivo que cumple la caución y la fianza como alternativa a la privación de libertad.

La caución se clasifica en personal y material. La *caución personal* importa el pago de una determinada suma de dinero que debe ser empozada en el Banco de la Nación. La *caución material* importa el depósito de bienes o valores mobiliarios –caución pignoraticia– o la afectación de bienes hipotecables –caución hipotecaria–.

En tanto, debe aplicarse la fianza prevista en el art. 184º CPP 1991, en razón de un simple argumento de integración jurídica favorable al reo y al hecho de que el nuevo texto del art. 144º del citado Código, instituido por la Ley Nº 26480, de 15 de junio de 1995, prevé que la revocación de la comparecencia implica la pérdida de la fianza personal otorgada (lo que implícitamente acepta que la restricción comprende la prestación de fianza). Hay que definir la fianza como el aporte patrimo-

---

[175] Ejecutoria superior de Lima de 1 de junio de 1998, Exp. Nº 35-98-A (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. I, p. 632).

[176] Ejecutoria superior de Lima de 9 de noviembre de 1998, Exp. Nº 4255-98 (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 699).

[177] Exp. Nº 2994-98-A (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 700).

nial –sea en dinero en efectivo, inmuebles o bienes o valores mobiliarios– que hace un tercero, destinado a garantizar las obligaciones procesales del imputado derivadas de la comparecencia restrictiva. No es significativo, por tanto, que el aporte patrimonial corresponda al propio imputado o a un tercero, puesto que lo esencial es que se presente tal garantía en resguardo de las obligaciones procesales impuestas al sujeto pasivo de la medida.

Es de precisar, finalmente, que la revocación en los casos de comparecencia restrictiva no sólo se produce cuando se incumplen las restricciones impuestas –ése es su supuesto específico– [178], sino también cuando no se concurre a las citaciones que se cursen al imputado para la realización de las diligencias procesales en que resulte necesaria su presencia, puesto que éste es el supuesto común y propio de toda medida de comparecencia. El cumplimiento de las restricciones es un *quid pluris* en atención al mayor peligrosismo procesal, adicional a la obligación –común a todos los imputados con orden de comparecencia– de asistir a las diligencias del proceso.

VI. EL IMPEDIMENTO DE SALIDA O ARRAIGO

El art. 146º CPP 1991, no vigente, considera el impedimento de salida como una medida independiente. Así lo hace, igualmente, el inc. 2) del art. 2º de la Ley de medidas limitativas de derechos en investigaciones preliminares, Ley Nº 27379, que –en su ámbito de aplicación– lo extiende al proceso penal por imperio de su art. 7º.

La función de esta medida provisional personal no es meramente cautelar, también es aseguratoria de la prueba, y se extiende a los testigos, transformándose en este caso en una medida coercitiva tendiente a garantizar la indagación de la verdad. El Tribunal Constitucional ha señalado que esta medida, incluyendo la de no ausentarse del lugar de residencia sin previa autorización del juez –de suerte que, según el sus-

[178] Ha señalado la Corte Suprema en la ejecutoria de 10 de agosto de 2001, Exp. Nº 1729-2001, Lima, que aun cuando el imputado no haya cumplido las reglas de conducta impuestas conforme al art. 143º CPP no puede sancionársele con la pérdida de la caución si el órgano jurisdiccional no requirió su cumplimiento bajo apercibimiento (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 13, marzo, Trujillo, 2002, pp. 62-63).

tento del Juez y si invoca el art. 143º CPP 1991, puede ser considerada una medida restrictiva no autónoma sino derivada del mandato de comparecencia restrictiva– restringe legítimamente el derecho a la libertad de tránsito, y tiene como objeto asegurar la presencia de la persona afectada en el proceso [179].

El derecho comparado ha encontrado el fundamento de esta medida en la idea de impedir la fuga del imputado. BARONA VILAR sostiene que el impedimento de salida, sin duda, no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga pero hay que tener en cuenta que, al menos, puede hacerla más difícil y, de ese modo, disminuir el riesgo de fuga. El imputado en esas condiciones, sobre todo de huir al extranjero sin la documentación en regla, ve dificultada sus posibilidades de subsistir y trabajar [180].

El impedimento de salida, en cuanto medida provisional personal que restringe el derecho de circulación de las personas, garantizado por el art. 2º.11 de la Constitución, debe dictarse mediante auto fundado, es decir, resolución motivada con indicación de los fundamentos de hecho y de la ley aplicable (art. 139º.5 de la Constitución) y con absoluto respeto al principio de proporcionalidad: solamente se impondrá si no resulta suficiente la medida alternativa de obligación de no ausentarse de la localidad prevista en el inc. 3 del art. 143º de la ley de rito y en la medida estrictamente necesaria, en tanto exista riesgo tangible, para evitar la fuga del imputado. En tal virtud, no puede dictarse en delitos leves, cuya pena conminada no excede de 4 años de privación de libertad, y en aquellos casos en que se deba imponer comparecencia libre.

El art. 147º del Código Procesal Penal de 1991 condiciona la aplicación de esta medida a la exclusiva petición del Ministerio Público, en cuanto promotor de la acción judicial, conductor de la investigación del delito y titular del ejercicio de la acción penal (art. 159º, incs. 1, 4 y 5, de la Constitución). La parte o el actor civil no tienen legitimación para solicitar esta medida, pues no se centra de modo inmediato en evitar la posible insolvencia del imputado y con ello perjudicar su interés

---

[179] STC, Exp. Nº 1077-2002-HC/TC, Asunto "Juan Manuel García Quiroga", de 8 de julio de 2002, párr. 3 (*El Peruano*, Lima, 14 de febrero de 2003, pp. 5787-5788).

[180] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 236-237.

indemnizatorio. Por otro lado, el Código establece que se trata de una medida temporal, la que estará determinada por las necesidades de protección de los fines del proceso (art. 148º).

VII. LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO PROVISIONAL DEL ANORMAL PSÍQUICO

En el Derecho comparado el internamiento de un anormal psíquico está considerado como una medida alternativa o sustitutiva a la prisión preventiva, que viene a suponer una vía a aplicarle a fin de someterlo a un tratamiento determinado o especial. En esta medida, sin duda, se incluyen a los toxicómanos, alcohólicos e, inclusive, a quien sea susceptible de propagar alguna enfermedad contagiosa, previéndose la ordenación de medidas médicas pertinentes.

El art. 191º CPP 1940 estatuye que si el juez, a las resultas de la pericia psiquiátrica, se persuade que el inculpado padece de enajenación mental, previo dictamen fiscal, ordenará su *ingreso al asilo de insanos*, y elevará la instrucción al Tribunal para que resuelva definitivamente. El art. 190º prevé, por el contrario, que si el inculpado pasa por una perturbación de su conciencia que atenúe su responsabilidad dictará la *medida* que juzgue conveniente. En el caso de los drogadictos, el art. 28º del Decreto Ley Nº 22095 prescribe que, previa pericia médico-legal, si se acredita la condición de drogadicto de un procesado por tráfico ilícito de drogas, se *le internará en un centro estatal de rehabilitación para fármaco-dependientes.*

Obviamente estas medidas presuponen que el imputado está sufriendo detención judicial y que como consecuencia del informe psiquiátrico resulta necesario, mientras se resuelve definitivamente su situación jurídica, arbitrar una medida especial de prevención y seguridad. Nuestro ordenamiento jurídico no prevé, sin embargo, con la rigurosidad necesaria –tampoco lo hace el Código de 1991 y el Proyecto de 1995–, a semejanza del modelo alemán, el internamiento del imputado en una institución especializada como cauce procesal cautelar independiente. Sólo reconoce, de manera expresa, la internación como medida penal de seguridad con fines terapéuticos o de custodia, tanto para los inimputables cuanto para los imputables relativos, toxicómanos o alcohólicos imputables (arts. 73º, 74º y 77º del Código Penal). El interna-

miento provisorio está previsto para quien se encuentra con mandato de detención y necesariamente requiera el informe pericial psiquiátrico correspondiente; además ha sido regulado como una vía inmediatamente anterior a la decisión final de aplicar en su caso la medida de seguridad de internación.

Es de destacar que, por ejemplo, la Ordenanza Procesal Penal alemana tiene dos normas esenciales, que desde esta perspectiva pueden resultar muy útiles: los arts. 81º y 126º a).

A. El art. 81º dispone que para preparar el informe psiquiátrico, después de oír al perito y al defensor, el juez podrá adoptar la *medida provisional de internamiento* en hospital psiquiátrico –que no debe sobrepasar de las 6 semanas–, sólo cuando sobre el inculpado recayeran muy fundadas sospechas de la comisión de un hecho antijurídico, siempre que no fuera desproporcionada respecto a la importancia del asunto y respecto a la pena o medida de seguridad esperadas.

B. El art. 126 a) prescribe que "si existieran motivos muy fundados para creer (1) que se ha cometido un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad o de capacidad disminuida, y (2) que se ordenará su internamiento en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación, el Tribunal podrá ordenar, por medio de orden de internamiento, su internamiento provisional en uno de esos establecimientos, *si ello viniera exigido por la seguridad pública*".

No obstante la relativa falta de ordenación legislativa, es de tener presente que el internamiento provisional es una medida que tiene funciones mixtas. En primer lugar, *tuitivas*, evitando que el imputado incurra en reiteración delictiva, de ahí su consideración de medida provisional penal, aunque tampoco, como apunta GÓMEZ COLOMER, puede negarse su función cautelar en tanto que trata de asegurar el cumplimiento de una posible sentencia condenatoria, sólo que, y aquí está la diferencia con la prisión preventiva, la sanción a imponerse es una medida de seguridad [181]; y, en segundo lugar, *de seguridad*, porque permite "...la

[181] GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 114.

ordenación de medidas médicas pertinentes así como la posibilidad de curas de desintoxicación" [182].

VIII. MEDIDAS DE PROHIBICIÓN DE RESIDENCIA, DE APROXIMACIÓN Y DE COMUNICACIÓN

1. LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA FAMILIAR

El art. 25º del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobada por Decreto Supremo Nº 006-97-JUS, de 27 de junio de 1997, estipula que el Juez Penal podrá dictar las *medidas cautelares* que señala la presente ley. De igual manera, el art. 26º prevé que el Juez pueda dictar lo que denomina incorrectamente "*medidas de protección*". La impropiedad consiste en que las medidas que a continuación se detallarán están enderezadas a restringir derechos individuales del imputado, son prohibiciones que se dictan y que afectan su entorno jurídico (se trata en suma de medidas provisionales penales); distinto es el caso de las propiamente denominadas "*medidas de protección*" (*vid.* Ley Nº 27378, Decreto Supremo Nº 020-2001-JUS, y Decreto Legislativo Nº 922), que si bien procuran proteger a determinados sujetos o participantes procesales, con su dictado no se lesiona derecho individual alguno del imputado, son medidas que tienen una función preventiva-policial.

El *ámbito* de esta Ley, de conformidad con su art. 2º, son aquellas conductas –acción u omisión punible– que (1) causen daño físico o psicológico, (2) maltrato sin lesión, (3) la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como (4) la violencia sexual, que se produzcan entre: a) cónyuges, b) ex cónyuges, c) convivientes, d) ascendientes, e) descendientes, f) parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, g) quienes habitan en el mismo hogar –siempre que no medien relaciones contractuales o laborales–, y h) quienes hayan procreado hijos en común –independientemente que convivan o no al momento de producirse la violencia–.

El art. 10º de dicha Ley, modificado por la Ley Nº 27982, de 29 de mayo de 2003, enumera –aunque no limitativamente– las medidas que bajo el rubro "*de protección*" se pueden adoptar. Son: a) retiro del agresor

[182] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 238.

del domicilio; **b)** impedimento de acoso a la víctima; **c)** suspensión temporal de visitas; y, **d)** inventarios sobre sus bienes. Las primeras tienen carácter personal, y la última patrimonial. Estas medidas, por lo menos las tres primeras, tienen un propósito común: alejar al agresor, evitar perturbaciones, en suma, precaver nuevos atentados contra la víctima, afectando derechos del imputado.

El art. 11º del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo Nº 002-98-JUS, de 25 de febrero de 1998, establece los presupuestos materiales para dictar estas medidas que recaen contra el imputado: 1) Que exista peligro por la demora (*¿periculum in mora?*); y, 2) Que resulten indispensables para evitar mayores perjuicios a la víctima o para garantizar su integridad física, psíquica y moral. Asimismo, aunque implícitamente, requiere la existencia del *fumus comissi delicti*, en tanto que para que el Juez dicte la confirmación de la medida dictada por el Fiscal, debe acompañar los recaudos pertinentes.

2. CARÁCTER Y NATURALEZA DE LAS MEDIDAS

Sin duda, esta legislación amplía las posibilidades de intervención de la justicia penal para hacer frente a una actitud agresiva del imputado en relación no sólo con la víctima y su entorno familiar, dado que según la experiencia cotidiana *–perspectiva sociológica–* la conducta del imputado se extiende a los familiares de la víctima, y a los vecinos y amigos que hubieran tenido con ella una relación directa cuando sucedieron los hechos.

Como señala ARANGÜENA FANEGO, se trata de medidas que restringen derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, como la libertad personal, la libre comunicación y la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional, al impedir al imputado voluntariamente concurrir a determinados lugares o relacionarse con determinadas personas [183].

Dicha autora considera que estas medidas son *cautelares personales.* Persiguen, anota, el fin típico de las cautelares clásicas aunque sea de

[183] ARANGÜENA FANEGO: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544º bis", cit., p. 247.

manera tangencial, toda vez que protegiendo a la víctima con alguna de las medidas acordadas se consigue que pueda desarrollarse con éxito el juicio oral, manteniendo alejada a la víctima tanto de nuevos malos tratos como de amenazas tendentes a conseguir una retractación en su inicial y veraz testimonio, y, en consecuencia, abonando el campo para que en su día efectivamente pueda ser impuesta una debida sentencia de condena [184].

Por el contrario, MORENO CATENA niega la función cautelar de estas medidas, pues su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima (y allegados) de futuras y probables agresiones; agrega, que son instrumento excepcional y por tanto limitado en su aplicación, y que precisan de medios materiales y personales de no poca envergadura al efecto de garantizar el efectivo control y vigilancia de su cumplimiento [185]. ARAGONESES MARTÍNEZ, considera que se trata "...simplemente de medidas coercitivas personales", que tienen un carácter provisional, son instrumentales y han de ser proporcionales, pero no tienen función cautelar [186].

Su naturaleza, obviamente, no es cautelar, sino *tuitiva coercitiva*, mediante la cual se protege a los ofendidos por el presunto delito, sus familiares y allegados, a través de la imposición al encausado de determinadas prohibiciones. Estas medidas, dice MÁLAGA DIÉGUEZ, no tiene por finalidad garantizar la disponibilidad del encausado durante el proceso ni al final del mismo, sino la *prevención de la reiteración delictiva mediante la protección de quienes presumiblemente serían sus destinatarios* [187].

3. PRESUPUESTOS

Como toda medida provisional penal, aun cuando la ley no lo diga expresamente –el Reglamento se limita a decir que el petitorio del Fiscal irá acompañado de los recaudos correspondientes– se requiere el

---

[184] ARANGÜENA FANEGO: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544º bis", cit., p. 250.

[185] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 299-300.

[186] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., p. 409.

[187] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 236.

fumus comissi delicti. Es necesario que existan indicios delictivos que permitan advertir la seriedad de los cargos. En la causa debe constar, como dice ARANGÜENA FANEGO, la existencia de un hecho que revista los caracteres del ilícito penal y de motivos para atribuir el mismo a la persona contra la que se acuerda la medida [188].

El art. 11º del Reglamento, asimismo, señala que debe existir peligro por la demora, y la medida debe resultar indispensable para evitar mayores perjuicios a la víctima o para garantizar su integridad. En rigor el peligro que se trata de combatir es el de reiteración de acciones violentas contra la víctima y sus allegados. No se trata, como dice MORENO CATENA, de un peligro para la marcha ordenada del proceso por la tardanza, propio del *periculum in mora*, sino de un *periculum in damnum* (peligro fundado de repetición delictiva), de ahí su naturaleza provisional [189]. Un factor interesante es la "*indispensabilidad*" o necesidad de la medida, propia del principio de proporcionalidad. Este principio obliga, de un lado, a garantizar la evitación de perjuicios y la integridad de la víctima y sus allegados; y, de otro lado, a tener en consideración la situación económica del imputado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral, sobre todo –como anotan CALDERÓN Y CHOCLÁN– la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización [190].

Para determinar el *periculum in damnum*, precisa MÁLAGA DIÉGUEZ, los indicios a valorarse serán "...el tipo de delito cometido, los antecedentes del encausado, las amenazas vertidas por el mismo, los intentos de agresión ya producidos, una conducta de acoso o seguimiento, etc. A su vez, esos indicios se verán acreditados, la mayor parte de las veces, por los testimonios de las propias personas a proteger, [o con] declaraciones de terceras personas [...], e incluso informes psicológicos o psiquiátricos sobre el encausado...", todo lo cual permitirá valorar y concretar la gravedad del peligro de reiteración delictiva [191].

---

[188] ARANGÜENA FANEGO: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544º bis", cit., p. 251.

[189] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 300.

[190] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 280.

[191] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 238.

4. CARACTERÍSTICAS Y PROCEDIMIENTO

Estas medidas, como ya se anotó, comparten todas las características de las medidas provisionales penales: instrumentalidad, provisionalidad (*rebus sic stantibus*), y, en especial, la homogeneidad. Asimismo, según nuestro sistema jurídico, también comparten la nota de *oficialidad*, pues el art. 25º de la Ley permite dictarlas de oficio por el Juez. La nota de *jurisdiccionalidad*, sin embargo, ha sido relativizada por la Ley, en tanto que el Fiscal puede dictarlas como "*medida inmediata*", aunque el Reglamento –de ahí la relativización aludida– ha dispuesto que tal decisión sea confirmada sin más trámite y con máxima celeridad por el Juez mediante resolución judicial, obviamente fundada, lo que es indispensable tratándose de la afectación de derechos fundamentales.

Las prohibiciones que instrumenta la Ley, en rigor, constituyen mandatos judiciales de *prohibición de residencia* –no acceso al predio, o no residir en un determinado lugar, barrio, distrito o localidad–, *de prohibición de aproximación* –evita actos de acoso o seguimiento que bordean, sin transgredirlos, los límites de los delitos, interfiriendo en el desarrollo normal de la vida y tranquilidad de la víctima y sus allegados–, y de *prohibición de comunicación* –atajando la prohibición de contactos con la víctima, sean escritos, verbales o visuales por cualquier medio de comunicación o telemático–.

En cuanto al procedimiento, éstas se dictan inclusive de oficio mediante resolución debidamente fundamentada, sin ningún trámite previo y en cualquier estado de la causa, imponiendo los mecanismos de control necesarios para asegurar su efectividad. La *oficialidad* como nota característica de estas medidas de prohibición, no impide que puedan ser solicitadas por el Fiscal y por la víctima. Es de acotar que el Fiscal, en sede preliminar, puede dictarlas como "*medidas inmediatas*", aunque acto seguido deben ser confirmadas por el juez, se entiende *in audita et altera parte*. Empero, es de resaltar que si ya se dictaron y ejecutaron, muy bien puede escucharse al afectado con la medida, a fin de que el juez decida en consecuencia. En este caso, atento al principio de proporcionalidad, el Juez puede reformarla y, de ser el caso, sustituirla por otra medida menos intensa. La tipicidad de estas medidas no es estricta y permite al Juez configurarlas del mejor modo posible, atento a las circunstancias de la causa. Como medidas que limitan derechos fundamentales, obviamente son apelables una vez adoptadas y ejecutadas, alzada que no puede tener efecto suspensivo.

IX. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE DERECHOS

El derecho comparado, junto con las medidas arriba estudiadas, también contempla otras medidas que suponen una restricción provisional de un derecho individual de un imputado, el mismo que sería limitado por una pena de inhabilitación; y, que como, dice ORTELLS RAMOS, no del todo inadecuadamente podrían denominarse *medidas preventivas personales* [192]. El Proyecto CPP de 1995, siguiendo el CPP Italiano, las denomina "*medidas interdictivas*".

Dos son las finalidades legítimas que estas medidas pueden ostentar: 1) La prevención de la reiteración delictiva, que se vería facilitada si el imputado continuase desempeñando una determinada actividad, función o cargo; y, 2) El aseguramiento de la prueba, que el inculpado podría obstaculizar valiéndose de esa actividad. Está por completo descartada la función de mitigación de la alarma social –función de prevención general, propia de las penas–, puesto que se trata de circunstancia por completo ajenas al imputado, y no tiende en consecuencia prevenir actuaciones dañosas o perjudiciales provenientes del mismo [193].

Las características de las *medidas interdictivas* incorporadas en el Proyecto CPP 1995 son las siguientes:

1) Se relacionan con la pena de inhabilitación (art. 36º CP), y no pueden durar más de la mitad del tiempo previsto para dicha pena en el caso concreto.

2) Las medidas que pueden adoptarse son las de: *i)* suspensión provisional del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, *ii)* suspensión provisional en el ejercicio de empleos o cargos públicos, *iii)* suspensión provisional del ejercicio de actividades profesionales, comerciales o empresariales. También puede adoptarse la *iv)* suspensión provisional o temporal para conducir o portar armas de fuego.

3) Dos son los presupuestos que habilitan su imposición: a) el *fumus commissi delicti*, esto es, razonable atribución del hecho punible al impu-

---

[192] En: MONTERO AROCA, *et al: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 474.

[193] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 239.

tado; y, b) el *periculum in damnum*, vale decir, peligro concreto que el imputado perjudicará la actividad probatoria o cometerá delitos de la misma clase (concreción de las funciones tuitiva y aseguratoria de la prueba de las medidas provisionales).

El principio de proporcionalidad está plenamente presente en su imposición. Se requiere resolución motivada. No pueden imponerse automáticamente, sino que deben fundamentarse en orden a evitar la obstrucción de la investigación o la reiteración delictiva.

Capítulo XXXVIII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES REALES

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Finalidades y presupuestos. 1. Finalidadades. 2. Presupuestos. III. El embargo. 1. Concepto. 2. Procedimiento. 3. La Ley Nº 27652 y el nuevo trámite del embargo. IV. El secuestro o incautación de bienes. 1. El decomiso. 2. La incautación o secuestro de bienes. 3. Incautaciones especiales. V. Anotación preventiva del procesamiento penal. VI. Orden de inhibición de bienes inscribibles. VII. destrucción de cultivos. VIII. La inmovilización, la ministración provisional de la posesión y la suspensión de la actividad contaminante. 1. La inmovilización de bienes muebles. 2. La recuperación provisional del bien usurpado o ministración provisional de la posesión. 3. La suspensión de la actividad contaminante. IX. La pensión provisional y el inventario de bienes.

I. ASPECTOS GENERALES

Se definen las *medidas provisionales reales* como aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado o, en todo caso, sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos, y que se acuerdan con el objetivo de impedir, durante la pendencia del proceso, determinadas actuaciones de sus destinatarios que se estiman dañosas o perjudiciales, tanto para la efectividad de la sentencia en relación con las consecuencias jurídicas económicas del delito (función cautelar), cuanto para lograr la propia eficacia del proceso (función aseguratoria de la prueba y función tuitiva coercitiva).

Desde esa perspectiva, se tienen las medidas provisionales reales penales y las medidas provisionales reales civiles. Las primeras están orientadas a los fines propios del objeto penal, mientras que las segundas a los fines del objeto civil, esto es, reparación civil (art. 93º CP) [194].

---

[194] Mayores referencias: SAN MARTÍN CASTRO, César: "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", en: *Ius et Veritas*, Año XIII, Nº 25, Lima, 2002, pp. 310-338.

En el primer caso se encuentran: 1) la incautación o secuestro provisional, que cumple una doble finalidad: *cautelar*, pues persigue la efectividad de la consecuencia accesoria del decomiso (arts. 102º CP, 59º 63º, 170º y 171º CPP 1940), y *aseguratoria* del bien ocupado, a los efectos de la acreditación probatoria de los hechos; 2) el embargo preventivo (art. 94º CPP 1940), que cumple una finalidad cautelar, en los casos de imposición de pena de multa –art. 41º CP (cautelar-aseguratorio)–, o de las consecuencias accesorias vinculadas a las personas jurídicas –arts. 104º y 105º CP (cautelar-innovativo o satisfactivo)–; y 3) la destrucción de cultivos –art. 66º Decreto Ley Nº 22095, modificado por el Decreto Ley Nº 22926, y art. 2º Ley Nº 26332– que cumple tanto una función cautelar como puramente coercitiva de prevención de la reiteración delictiva.

En el segundo supuesto se encuentran, todas ellas con una función cautelar (eficacia de la aplicación del art. 93º CP): 1) el *embargo* –sea aseguratorio como innovativo o satisfactivo (art. 94º CPP 1940–; 2) la *anotación preventiva* de la denuncia formalizada y aprobada judicialmente –art. 637º CPC–, con fines igualmente cautelares; 3) la *pensión provisional* de alimentos –arts. 21º, d), 23º y 25º TUO, D. S. Nº 006-97-JUS–, que apunta a proteger a la víctima, sin que se niegue su función cautelar; así como 4) el *inventario de bienes* del agresor –art. 10º TUO, D. S. Nº 006-97-JUS–, que tiene una función cautelar aseguratoria; y, 5) la orden de *inhibición de bienes inscribibles* –art. 2º.4 Ley Nº 27379–, que tiene una función cautelar.

II. FINALIDADES Y PRESUPUESTOS

1. FINALIDADADES

La finalidad más característica de las medidas provisionales de naturaleza patrimonial de carácter civil es la prevención de la insolvencia, que es un objetivo puramente cautelar en tanto busca asegurar la eficacia de una eventual condena a la responsabilidad pecuniaria derivada del delito cometido, tanto frente al imputado como frente al tercero civil [195]. Empero, también existe una medida provisional especial que tutela la protección económica de las víctimas (pensión provisional de alimentos), cuya finalidad es evitar males mayores a los generados por el delito, por lo que su función tuitiva es evidente.

[195] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 154.

Por lado, existen medidas provisionales cuya finalidad no es la prevención de la insolvencia, sino la prevención de la desaparición de bienes delictivos por conductas dañosas de ocultamiento que puedan realizar los imputados; y, otras cuya finalidad es hacer cesar la continuidad o permanencia delictiva.

2. PRESUPUESTOS

Las medidas provisionales reales, como tales, comparten las mismas exigencias generales de toda medida restrictiva de derechos relativas a la necesidad de una resolución judicial motivada, proporcionalidad, provisionalidad y variabilidad [196] (incluimos, la intervención indiciaria). De igual manera, requiere de los presupuestos comunes a todas las medidas provisionales penales: *fumus delicti comissi* y *periculum in mora.*

El *fumus delicti comissi* toma en cuenta, como señala ARANGÜENA FANEGO, la comisión de un delito y su atribución a una persona determinada, y lo que se valora es la concurrencia de indicios de criminalidad en la persona sobre la que va a recaer la medida [197].

El *periculum in mora* es, a juicio de PEDRAZ PENALVA, el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso, por la lentitud del proceso, en expedirse la resolución definitiva. Considera el autor, siguiendo a CALAMANDREI, que el peligro que pretende evitar es el peligro de infructuosidad, que conlleva la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa [198].

La producción de hechos que importan: (1) alterar el patrimonio del imputado o del tercero civil, (2) perturbar la disponibilidad de los bienes delictivos [199] (v. gr.: incautación para garantizar el decomiso de

---

[196] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 292. RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU (*Derecho procesal penal*, cit. p. 177), en igual sentido, apuntan que estas medidas habrán de ser, en todo caso, proporcionadas y basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida.

[197] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., pp. 26-28.

[198] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Trivium, Madrid, 1985, pp. 93-99.

[199] Señala Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ (en: GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 303), que las denominadas "*medidas tendentes a la conservación de*

los *producta scaeleris*), o (3) continuar con la actividad delictiva (v. gr.: incautación para poner término a la consumación del delito o para reducir sus efectos lesivos, más vinculada a los *instrumenta scaeleris*), justifican la imposición de esta medida provisional. Corresponde al juez que las impondrá valorar en cada supuesto particular las situaciones de peligro justificativas de las mismas [200].

Desde la perspectiva del *periculum in mora* los riesgos que pretenden combatirse con la imposición de una medida provisional real se constatan a través de la simple valoración objetiva que nace de la imputación delictiva fundada. El CPP 1940 no exige la concurrencia de indicios para valorar los riesgos (v. gr.: falta de arraigo, maniobras fraudulentas o conductas evasivas). En estos casos el *periculum in mora* se encuentra completamente objetivado, de modo que se acuerda con independencia de las concretas circunstancias del afectado, tal como aparece de lo dispuesto en el art. 94º CPP 1940. No es así, en cambio, en el art. 2º.4 de la Ley Nº 27379, pues exige la acreditación del peligro de que los bienes del investigado puedan ocultarse o desaparecer, o que sea posible que se graven o vendan, lo que en todo caso –a diferencia del modelo del CPP 1940– respeta el principio de proporcionalidad, supuesto que en todo caso es el que impone la ley procesal civil (*vid.* art. 611º CPC).

Las medidas provisionales reales presentan, específicamente en su función cautelar civil, dos notas peculiares, al decir de PEDRAZ PENALVA: la

---

las cosas relacionadas con el delito" no son medidas cautelares, pues sólo pretenden conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas en su justa medida por el juez para el conocimiento y fallo; no posibilitan le ejecución de la sentencia de condena. Empero, es de tener presente que el Derecho penal prevé la consecuencia accesoria del decomiso (o, comiso, en el CP español) que debe imponerse respecto de bienes delictivos (*producta o instrumenta scaeleris*) y, como tal, es una medida penal a declararse en la sentencia, por lo que el aseguramiento procesal requiere de una medida provisional, como es el secuestro o incautación, sin que a ello obste la instrumentación de medidas de aseguramiento y conservación del *corpus delicti* y de otros bienes susceptibles de acreditar el hecho punible.

[200] Cfr.: PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín y GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Derecho procesal civil*, I, Fórum, Oviedo, 2002, p. 323. Señala ORTELLS RAMOS (ORTELLS RAMOS *et al.*: *Derecho procesal civil*, cit., pp. 985-986) que el peligro ha de ser concretamente demostrado, pero el grado de justificación es de mera probabilidad de que produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida, no necesariamente que se produzcan ciertos comportamientos del demandado, ni menos intención de éste de causar perjuicio al actor.

tutela cumulativa o eficacia expansiva, por un lado, y la disponibilidad de la acción civil y no disponibilidad de la tutela cautelar, por otro [201].

1. La *tutela cumulativa* significa que no es preciso que las partes soliciten expresamente el aseguramiento de todas las responsabilidades pecuniarias, pues corresponde al órgano público interesarse y fijar la cuantía de la medida en atención a todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias. Con ello se busca: (1) Impedir que la posición de algunos titulares de intereses pecuniarios, constituidos en parte civil, prime frente a los que no lo hagan; y, (2) Evitar que un tardío ejercicio de la pretensión civil resulte ineficaz frente a una rápida ocultación de bienes por el responsable civil. Lo expuesto fluye, en nuestro derecho, del art. 92º del Código Penal y de la obligación que pesa sobre el Fiscal de perseguir las responsabilidades penales y pecuniarias (arts. 11º y 95º.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), lo que revela la concurrencia del interés público en la tutela de los derechos privados y fundamenta la eficacia expansiva de la tutela cautelar, al punto que el pago por las responsabilidades pecuniarias se efectúa con independencia de si el perjudicado solicitó o no el aseguramiento e incluso el resarcimiento.

2. La *no disponibilidad de la tutela cautelar* significa que si bien se permite al perjudicado disponer de la acción civil –puede renunciar a ella o reservar su ejercicio para la vía civil–, en cambio ejercitada ésta, puede no disponer correlativamente de la iniciativa cautelar. En el Código de 1940, respecto al embargo, consagra la iniciativa judicial y del Fiscal para trabarlo, imponiendo su obligatoriedad cuando se dicta detención (el Código de 1991 sólo consagra la iniciativa del Fiscal y del actor civil, art. 174º). Como apunta AMODIO, la contradicción existente entre disposición de la acción civil y no disposición parcial de la iniciativa cautelar, se explica en base al juego de dos principios antinómicos: 1. Consideración del resarcimiento del daño como función pública, lo que hace irrelevante la acción del perjudicado ante la protección de sus intereses por el Ministerio Público; y 2. Atribución de un carácter privado a la pretensión de resarcimiento del perjudicado, pero sólo claramente en cuanto a su disposición y no tanto respecto a los límites.

---

[201] PEDRAZ PENALVA: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., pp. 115-128.

III. EL EMBARGO

1. CONCEPTO

El *embargo,* en cuanto medida provisional real está expresamente prevista tanto para garantizar la reparación civil (*vid.* art. 94º del CPP de 1940, modificado por el Decreto Ley Nº 21895) –*embargo civil*–, cuanto, por aplicación supletoria del art. 608º CPC, que configura el embargo como una medida propia para asegurar o garantizar el cumplimiento de la sentencia, para asegurar el cumplimiento por el imputado de la pena de multa –*embargo penal*–.

El embargo, sea civil o penal, se define como la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamiento de juez competente por razón de delito. Esta medida recae sobre bienes propios del obligado, a diferencia de la incautación que recae sobre cosas litigiosas [202]. Como tal, en palabras de GARBERÍ LLOBREGAT, circunscritas al ámbito de la responsabilidad civil, esto es, al embargo civil, busca lograr el aseguramiento anticipado de las eventuales responsabilidades civiles en que, en su caso, pueda incurrir el sujeto pasivo de un proceso penal [203]. El embargo tendrá un carácter penal, cuando afecta bienes libres del imputado para asegurar la pena de multa.

El sujeto pasivo de la medida es el autor o partícipe del delito. También lo es, en el caso del embargo civil, el tercero civil (*vid.* arts. 90º y 41º CP, y arts. 1975º, 1976º y 1985º CC), quien para tales efectos debe ser emplazado judicialmente [204]. Los responsables en este último caso, pueden ser –según las circunstancias– tanto personas naturales cuanto jurídicas; como tales, presupone –al decir de LEÓN BARANDIARÁN– un agente, un autor directo del daño, y otra persona que en virtud de determinadas consideraciones legales, debe responder por tal daño causado por otro [205].

---

[202] CASTÁN TOBEÑAS, José, "Embargo", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica,* Francisco Seix, Barcelona, 1993, T. VIII, pp. 237-238.

[203] GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales,* cit., T. 4, p. 525.

[204] El Tribunal Supremo por Ejecutoria de 25 de octubre de 1945 (*Revista de Jurisprudencia Peruana,* 1946, Lima, p. 206), señaló que: "No procede compeler la concurrencia obligatoria del tercero responsable civilmente, al que sólo se citará para la audiencia".

[205] LEÓN BARANDIARÁN, José: *Comentarios al Código Civil peruano,* Ediar, Buenos Aires, 1954, T. I, pp. 447-448.

La responsabilidad del tercero siempre es por riesgo y, además, solidaria (vid: arts. 1975º y 1981º CC). En el caso del daño criminal causado por el incapaz sin discernimiento, la responsabilidad civil es exclusiva del representante legal (*vid.* art. 1976º CC) [206]. La reparación civil, siendo solidaria, permite exigir el pago de la totalidad de la prestación al autor indirecto o subsidiario [207]. La solidaridad, a diferencia del viejo Código Civil, ha sido expresamente sancionada en el nuevo Código Civil, aunque la jurisprudencia y la doctrina civil ya la consideraban como tal (*vid.* Ejecutoria suprema de 27 de abril de 1938) [208]. Puede ser directa (v. gr.: daños del incapaz conforme a los arts. 1975º y 1976º CC), o indirecta o especial (v. gr.: daños del dependiente, art. 1981º CC). Esta última responsabilidad, como anota GÁLVEZ VILLEGAS, es solidaria y, en tal virtud, se le puede exigir el pago de la totalidad de la prestación resarcitoria subsidiaria. Se trata de un caso de responsabilidad indirecta y, como tal, subsidiaria, porque no recae en el autor directo del daño sino en persona distinta; es la responsabilidad por hecho ajeno impuesta por razones legales [209].

Señala MONTERO AROCA que la responsabilidad del tercero civil nace lógicamente de la insolvencia del responsable directo y alcanza siempre a persona que no es el acusado [210]. Ello, sin embargo, para nuestra legislación no es de recibo. Es cierto que debe haber un responsable directo (*vid.* arts. 1975º, 1976º y 1981º CC), pero afirmándose la comisión

---

[206] La Corte Suprema ha dejado sentado que la responsabilidad en los supuestos de dependencia y de propiedad de un vehículo o una maquinaria con el que o a través del que se cometió un delito es solidaria y proviene de la culpa *in eligendo* (*vid.* **1.** Ej. sup. de 9 de mayo de 1930 [*Anales Judiciales*, 1930, Lima, p. 104]. **2.** Ej. sup. de 13 de setiembre de 1952 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 484]. **3.** Ej. sup. de 13 de julio de 1938 [*Revista de los Tribunales*, 1938, Lima, p. 225]).

[207] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal*, Idemsa, Lima, 1999, p. 219.

[208] *Revista de los Tribunales*, 1938, Lima, p. 290; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: *Código Civil Anotado*, Juan Mejía Baca Editor, Lima, 1955, p. 315; LEÓN BARANDIARÁN: *Comentarios al Código Civil peruano*, cit., T. I, p. 460.

[209] PALACIOS PIMENTEL, Gustavo: *Elementos de derecho civil peruano*, Eddili, Lima, 1987, T. I, p. 134.

[210] MONTERO AROCA, Juan: "Entre la trasgresión criminal y la responsabilidad por el resarcimiento", en su: *Ensayos de derecho procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 642.

de una infracción penal de parte de aquél, surge necesariamente la responsabilidad indirecta en la medida en que ocasione un daño. Empero, el art. 100º CPP establece que el embargo sólo procederá en ese caso cuando se descarte que el responsable directo pueda responder con su patrimonio. Es de mencionar, no obstante ello, que la insolvencia según el Código Civil –norma posterior– no es una condición para que opere la responsabilidad civil del tercero y, por ende, para que en virtud de la solidaridad se le pueda trabar embargo sin ese previo requisito. Por ello, es de considerar –vista la configuración de la responsabilidad por el Código Civil, ratificada por lo dispuesto en el art. 95º del Código Penal– que la indicada norma procesal está abrogada por no responder a los criterios jurídicos en que ésta se sustenta [211].

En atención a lo expuesto, tampoco es de recibo sostener, como lo hace GARCÍA RADA, por un lado, que la reparación civil en favor de la víctima es solidaria entre el acusado y el responsable civil, sin ser necesario que previamente se establezca la insolvencia del condenado para exigir el pago al tercero civil, y, por otro, contradictoriamente, que el tercero civil debe ser citado por una posible insolvencia del responsable directo; si este último está en condiciones de pagarla, no le corresponde hacerlo al tercero civil [212]. La responsabilidad solidaria permite precisamente atribuir la obligación de resarcimiento a cualquiera de los responsables, sin condición alguna ni constataciones en sede jurisdiccional acerca de la solvencia o insolvencia del responsable directo, bases materiales que, por cierto, la norma procesal –de realización de lo sustantivo– no puede alterar o estar en disonancia.

2. PROCEDIMIENTO

Las notas específicas que es del caso destacar, son las siguientes:

A) Que la resolución cautelar de embargo, aun cuando el art. 94º CPP 1940 no es del todo claro, exige una atribución razonada del hecho punible o *fumus delicti*, esto es, fundamento probatorio de la imputación

---

[211] En contra, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil en el proceso penal*, cit., p. 219. El beneficio de *excusión* que alega el citado autor –sin aval dogmático expreso–, estimamos nosotros, no está reconocido, para estos casos, en el Código Civil.

[212] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984, p. 107.

delictiva aceptada en el auto de apertura de instrucción; y, por cierto, aunque implícitamente, que la pretensión civil no esté suficientemente garantizada, entre otros factores [213]: *periculum in mora.*

El embargo es obligatorio cuando se haya dictado mandato de prisión preventiva contra el imputado y facultativo en los demás casos. El embargo requiere que el juez motive acerca de los presupuestos de la medida. Al respecto, GARCÍA RADA explica que puede desestimarse un petitorio de embargo por considerar que no aparece clara la responsabilidad del inculpado y no se justifica dictar tal medida precautoria, la misma que procederá más adelante si las pruebas actuadas ulteriormente acreditan la responsabilidad del mismo [214].

El embargo se traba de oficio o a pedido del Fiscal o del actor civil (*vid.* art. 95º.2 LOMP y art. 94º CPP). El auto que lo acepta, siempre motivado, se dicta bajo el principio *inaudita parte*, es decir, sin oír al imputado o al tercero civil. Este trámite unilateral alcanza no sólo a la decisión cautelar sino que se extiende hasta su ejecución concreta, según lo dispone el art. 87º CPC.

Para trabar embargo contra el tercero civil, se requiere, en primer lugar, que haya sido comprendido como tal en la instrucción, mediante auto fundado; y, en segundo lugar, un expreso fundamento acerca de la condición general de la medida y de la exigencia cautelar específica. Frente a las carencias normativas del CPP 1940, GARCÍA RADA, en otro trabajo, precisó que el Ante-Proyecto del CPP (art. 118º) no exigía la insolvencia, por lo que la actual norma procesal (art. 100º CPP) ha desvirtuado la finalidad del embargo, cambiando la fisonomía de la obligación solidaria [215]. Ello obliga a entender, frente al nuevo texto del Código Civil, dictado con posterioridad al CPP, que expresamente impone la solidaridad, que la norma procesal en ese extremo ha sido abrogada.

B) Que la medida de embargo importa la expedición de dos resoluciones:

---

[213] RIVAS, Adolfo A.: *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Rodhas, Lima, 2000, pp. 41-42.

[214] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 149.

[215] GARCÍA RADA, Domingo: *La instrucción*, Vol. I (*El Inculpado*), Sanmartí y Cía, Lima, 1967, p. 170.

(1) La primera, que dicta la medida determinando el monto de la misma, que –como ha sido establecido en la Ejecutoria suprema de 13 de diciembre de 1994– debe guardar relación y proporcionalidad con la naturaleza y gravedad del daño ocasionado a los intereses de la víctima [216] y que –según la doctrina sentada en la Ejecutoria suprema de 14 de diciembre de 1994– se fija en nuevos soles [217]. Esta primera resolución es de alcance genérico pues se compromete globalmente el patrimonio del imputado o del responsable civil, "sin referencia a bienes o elementos patrimoniales concretos" [218]; y, previamente, dispone que el obligado señale bienes libres (art. 95º del CPP 1940), para lo cual debe fijar el monto del mismo. Sobre el monto del embargo, la Corte Superior de Lima dejó sentado que «el embargo debe guardar proporción con la suma que debe eventualmente devolverse y que baste para cubrir el monto de la indemnización" [219].

La pretensión cautelar debe contener, por tanto, un *petitum*, que debe traducirse en determinar el alcance (forma del embargo y bienes comprometidos) y monto de la medida requerida, y una *causa petendi*, referida a los fundamentos jurídicos que la sustentan en función de los presupuestos materiales que justifican toda medida cautelar. Salvo la contracautela, debe cumplirse con los requisitos estatuidos en el art. 619º CPC.

(2) La segunda resolución se dicta en ejecución de la anterior, cumplido el señalamiento de bienes libres o, en su defecto, cuando éste no

---

[216] PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, Idemsa, Lima, 1996, p. 177. Una antigua posición jurisprudencial del Supremo Tribunal, absolutamente incorrecta, consideraba que como la "obligación de indemnizar el daño causado por el delito, coincide con el mismo fin de la pena [...] para fijar la reparación civil debe tenerse en cuenta necesariamente el monto del daño causado y las posibilidades del responsable" (Ej. sup. de 7 de setiembre de 1967 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1967, Lima, p. 1209]); antes había hecho lo propio la Ej. sup. de 27 de agosto de 1954 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Eddili, Lima, 1984, pp. 95-97). Esta doctrina jurisprudencial, lamentablemente, ha sido seguida en alguna Ejecutorias Superiores de Lima, como la de 26 de enero de 1998 (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, pp. 114-115).

[217] ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 148.

[218] GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 525.

[219] Ej. Sup. 25 de abril de 1988 (CORTE SUPERIOR DE LIMA: *Jurisprudencia Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 39).

cumpla con precisarlos, trabando embargo sobre los bienes que se sepa son de propiedad del obligado. Es obvio que este emplazamiento es imprescindible estando personado el imputado o con mandato de comparecencia –libre o restrictiva–, pero no cuando se encuentra con mandato de detención y materialmente ausente de la sede judicial.

La Corte Suprema, por Ejecutoria de 18 de febrero de 1980, ha establecido que si se hace efectiva la medida de embargo sin requerir previamente a los encausados para que designen bien libre, tal diligencia es nula [220]. Por lo demás, como lo recuerda la Ejecutoria Superior de Lima de 17 de setiembre de 1997, el procedimiento de embargo debe correr en cuaderno separado [221]; y, enfatiza la Ejecutoria suprema de 18 de febrero de 1980, si el embargo recae en tercera persona, ésta necesariamente debe tener la condición de tercero civil [222]; es imperativo, además que previamente debe exigirse al responsable civil el señalamiento de bienes libres.

C) Que el embargo, según el art. 96º del CPP 1940, puede ser sustituido por una caución que sea suficiente, a juicio del Ministerio Público, para cubrir el monto de la reparación civil. El dictamen fiscal es indicativo, pero no vinculante, atento a que se trate de una parte en el proceso. La fianza, en consecuencia, es una garantía subsidiaria, que reemplazará al embargo trabado o por trabarse; como es obvio, tiene un carácter patrimonial y persigue garantizar los efectos civiles del proceso penal. Esta puede ser personal, pignoraticia, hipotecaria o bancaria [223].

D) Que las formas de embargo (depósito, inscripción, retención, etc.), son las mismas previstas en el Código Procesal Civil, al que es de remitirse en vía de supletoriedad (arts. 97º y 98º del CPP 1940). Rigen, en lo pertinente, las reglas de dicha normatividad procesal, con la excepción especial que no cabe contracautela, "... tal vez porque el responsable de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita es, en definitiva, el Estado" [224].

---

[220] *El Peruano*, Lima, 15 de abril de 1980; CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Horizonte, Lima, 1998, p. 146.

[221] LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 291.

[222] CATACORA GONZÁLES: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 146.

[223] RIFÁ SOLER / VALLS GOMBÁU: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 177-178.

[224] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 440.

E) Que el embargo se traba en cuaderno aparte, con lo que se evita entorpecer la tramitación de la instrucción. En el cuaderno se inserta copia del petitorio, copia del auto de embargo, del requerimiento para señalar bien libre y demás piezas del proceso, así como todas las resoluciones recaídas en el incidente.

La resolución cautelar se dicta de oficio, a pedido del Ministerio Público (*vid.* art. 95º.2 LOMP) [225] o de la parte civil (*vid.* art, 58º CPP), según el primer párrafo del art. 94º CPP [226], y sólo puede ser impugnada una vez que se ejecute (*vid.* art. 94º *in fine* CPP). La apelación es absuelta por la Sala Penal Superior, previa vista fiscal (*vid.* art. 91º.6 LOMP). Contra el auto de vista no cabe recurso de nulidad [227].

Atento a su carácter provisional y a la regla del *rebus sic stantibus,* el embargo puede ser variado, ya sea aumentando o disminuyendo su monto, comprendiendo otros bienes, cambiando los bienes embargados por otros o sustituyéndolos por una caución, así como también puede ser levantado.

Si se traba embargo sobre un bien que no es del imputado, el propietario puede iniciar una acción de tercería en sede civil, sin perjuicio que ante el Juez Penal, de conformidad con el art. 624º CPC, solicite la desafectación de la medida, siempre que exista prueba fehaciente al respecto. Cabe agregar que la Corte Superior de Lima en la Ejecutoria de 9 de septiembre de 1998 ha considerado procedente en sede penal la institución de la desafectación pero la limitó a la presentación de título de propiedad registrado o de documento fehaciente [228].

---

[225] Al respecto, señala José HURTADO POZO (*El Ministerio Público*, Eddili, Lima, 1981, p. 221) que por mandato del art. 1º de la LOMP y del art. 65º CP 1924 (art. 92º CP 1991) le está también encomendado al Ministerio Público la reparación civil y, por tanto, consecuencia directa de esta atribución es la facultad que se le otorga de asegurar su pago, exigiendo se trabe embargo en los bienes del inculpado y del tercero civilmente responsable.

[226] Queda claro, según ha sido destacado por la Corte Suprema, que el agraviado para constituirse en parte civil, debe haberlo solicitado por escrito, y el Juez debe aceptarlo por una resolución expresa, de conformidad con los arts. 54º y 55º CPP (Ej. sup. de 17 de agosto de 1964 (*Anales Judiciales*, 1964, Lima, p. 256). La constitución en parte civil sólo puede hacerse durante la instrucción y hasta antes de la iniciación del juicio oral (Ej. sup. de 28 de setiembre de 1965 [RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 73-75]).

[227] *Revista de los Tribunales*, 1932, Lima, pp. 8 y 145.

[228] BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 705.

El embargo se cancela de pleno derecho, a tenor del art. 102º del CPP 1940, declarada la irresponsabilidad del imputado; también, según la doctrina elaborada por el Supremo Tribunal, se cancelará cuando se declare la extinción por prescripción de la acción penal [229]. Es importante destacar que el art. 631º del CPC ha introducido una saludable corrección: las medidas cautelares trabadas –entre ellas, el embargo– quedan canceladas de pleno derecho cuando se dicta sentencia que desestime la demanda, aun cuando hayan sido impugnadas; en el procedimiento penal, ello se producirá no sólo en los casos de sentencia absolutoria, sino también en todas las modalidades de sobreseimiento.

F) Que el auto que deniega el embargo no constituye cosa juzgada sino medida transitoria que responde al mérito de las pruebas actuadas a ese momento. Si éstas varían, puede disponerse un embargo, aceptando lo que antes se denegó [230].

3. La Ley Nº 27652 y el nuevo trámite del embargo

El art. 95º CPP fue modificado por el art. 1º de la Ley Nº 27652, de 24 de octubre de 2002. Dicha norma, como se sabe, en su texto originario, con clara contradicción al requisito de *inaudita et altera pars* [231], prescribía que la ejecución del auto de embargo quedaba supeditada al previo requerimiento al imputado de señalamiento de bienes libres, y sólo en el caso que aquél no señalara bienes libres –sin especificar un plazo legal para ello– se trababa en los bienes que se sepa son de su propiedad.

El nuevo artículo 95º CPP señala lo siguiente: "Sin perjuicio de las medidas precautelares de embargo y/o incautación dictadas y tramitadas de oficio por el Juzgado, se requerirá al inculpado con domicilio conocido que señale bienes libres susceptibles de ser embargados. De no precisarlos dentro de las veinticuatro horas, continuarán o se afectarán los que se sepa son de su propiedad. Los autos de embargo y/o incautación de bienes, son notificados verificada que sea la medida".

---

[229] Ej. sup. de 14 de mayo de 1929 (*Anales Judiciales*, 1920, Lima, p. 49).

[230] García Rada: *La instrucción*, Vol. I (*El Inculpado*), cit., p. 149.

[231] Puntualiza, al respecto, Lino Enrique Palacio (*Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 779), que una de las características de las medidas cautelares es que deben disponerse *inaudita parte*, es decir, sin la participación de la parte a quien afecta, pues de lo contrario podría frustrarse su finalidad.

Esta norma nos merece los siguientes comentarios puntuales:

1. El legislador rotula el embargo, al que incorpora la incautación, como una medida "precautelar". Tal denominación, sin embargo, es incorrecta, puesto que los embargos a que hace referencia el Título II del Libro II del Código, son los que se dictan propiamente en la denominada "fase procesal", es decir, una vez que se ha dictado auto de apertura de instrucción. Las llamadas medidas provisionales 'preprocesales', esto es, las solicitadas y dictadas *ante causam*, o sea con anterioridad al inicio del proceso –de ahí la denominación de "precautelar"–, han sido previstas en normas procesales complementarias al Código de Procedimientos Penales y para supuestos determinados, como es el caso de las estatuidas en la legislación represora del tráfico de drogas (Decreto Ley Nº 22095, art. 73º, de 2 de marzo de 1978; Decreto Supremo Nº 39-94-JUS, de 23 de julio de 1994) y en la Ley Nº 27379, de 21 de diciembre de 2000.

2. La nueva norma ratifica la orientación histórica del Código en el sentido que la regla del embargo en sede penal es el principio de oficialidad y no el principio de rogación o dispositivo. A su vez, modificando la estructura de la norma originaria, instaura dos procedimientos de adopción del embargo preventivo, en función de quién inicia el trámite correspondiente: **a)** el procedimiento de oficio; y, **b)** el procedimiento rogado.

a) El *procedimiento de oficio* importa que el Juez Penal, directamente, sin excitación o solicitud cautelar de parte (Fiscal o Parte Civil, ex art. 94º CPP) no sólo dicta la medida provisional que considere pertinente, esto es, adecuada y proporcionada a las necesidades de aseguramiento de la efectividad de la eventual sentencia condenatoria que en el futuro pudiese recaer, sino que la ejecuta procurando su inmediato cumplimiento para lo cual ha de emplear los medios que fueran necesarios. Esto último viene a significar que el auto de embargo no sólo debe indicar una suma que defina su alcance pecuniario, sino que debe identificar el bien sobre el que recaerá la medida y precisar la forma del embargo. Se expide, por tanto, un solo auto, en tanto –claro está– conozca el bien objeto de la medida y pueda identificar la forma de aquélla.

b) El *procedimiento rogado o dispositivo* presupone una solicitud cautelar de parte (Fiscal o parte civil, ex art. 94º CPP), mediante la cual se debe señalar expresamente la clase de medida que para el supuesto concreto debe acordarse; y, exige una resolución de imposición del embargo o de rechazo *in limine* de la solicitud. Además, en el primer caso, la resolución debe requerir al imputado que señale bienes libres susceptibles de

ser embargados, emplazamiento previo que sólo procederá en caso el inculpado tenga domicilio conocido. El requerimiento está sujeto a un plazo de veinticuatro horas, que a su vencimiento permitirá la ejecución del embargo sobre los bienes que se sepa son de propiedad del imputado.

Ahora bien, el requerimiento de señalamiento de bienes libres no está excluido tratándose del procedimiento de oficio. Trabada la medida, en caso se haya identificado bienes susceptibles de embargo, se instará al reo a que los declare. Si no lo hace, concluye el procedimiento de emisión y ejecución de la medida cautelar. En cambio, si lo hace, el Juzgado decidirá mediante resolución motivada si la medida ejecutada debe continuar o, en todo caso, si debe reordenarse en función de los bienes especificados por el imputado, haciendo las rectificaciones que fuere menester [232].

3. Los autos de embargo son notificados verificada que sea la medida. Ello, como se sabe, es una consecuencia del principio *inaudita et altera pars*, que implica que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin audiencia de la otra parte, pues se trata de sorprender al cautelado a fin de evitar que pueda eludir su ejecución. Esta situación origina, como apunta LEGUISAMÓN, que las actuaciones se tramiten no sólo por cuaderno separado sino que permanezcan reservadas, es decir, imposibilitando el conocimiento de sus constancias e incluso de su existencia, hasta que sea cumplida la medida. De todas maneras, insiste el mencionado autor, aunque se enterara el cautelado no puede impedir el efectivo cumplimiento de la providencia [233].

4. El nuevo texto del art. 95º CPP, como se ha indicado, también menciona otra medida provisional real: la incautación. Tal referencia,

---

[232] Esto último guarda relación con una característica esencial de toda medida cautelar: la provisionalidad. Ella significa, en palabras de Ernesto PEDRAZ PENALVA ("La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en: VALLS GOMBÁU, José [Dir.]: *Las medidas cautelares y los recursos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000 [Cuadernos de Derecho Judicial, X], p. 72), que la medida cautelar ha de durar en tanto en cuanto subsistan las circunstancias que concurrieron para su acuerdo; caso contrario habrá de alzarse o eventualmente modificarse para ser adaptada a la nueva situación jurídica material y procesal. La información que proporciona el sujeto pasivo de la medida, en tanto sea contrastable, permitirá modificar la medida respecto a los bienes afectados.

[233] LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 933-934.

sin duda, está fuera de contexto y no toma en cuenta las diferencias existentes entre asegurar bienes de propiedad del imputado o del tercero civil a los efectos de la reparación civil (objeto civil del proceso penal) y ocupar o aprehender bienes delictivos (que integra el objeto propiamente penal del proceso penal).

En esa perspectiva, por tratarse de una medida limitativa de carácter patrimonial destinada a asegurar la efectividad de la consecuencia accesoria de decomiso, comparte los requisitos básicos de toda medida: intervención indiciaria y proporcionalidad. Empero, por el objeto material sobre el que recae: *instrumenta sceleris* y *producta sceleris*, no cabe el señalamiento de bienes libres, en tanto la incautación incide sobre bienes delictivos previamente identificados. Este es el motivo por el que no es de recibo su reemplazo por otros bienes "no contaminados", por lo que el nuevo trámite que prevé la norma resulta inaplicable para esta institución.

5. Es obvio, en función del interés público de la incautación, que ésta se dicta de oficio. Además, se trata de una medida que para acordarla no está sujeta, de modo absoluto, a la garantía o principio de jurisdiccionalidad previa [234], pues la propia ley autoriza a la policía a llevarla a cabo (ex art. 59º CPP), lo que no obsta por cierto a que una vez trabada se exija la orden judicial confirmatoria.

Sí es aplicable, por cierto, el último párrafo del art. 95º CPP: la resolución provisional o, en su caso, el acto policial de aprehensión patrimonial se notifica verificada que sea la medida limitativa.

IV. EL SECUESTRO O INCAUTACIÓN DE BIENES

1. EL DECOMISO

1. El Código Penal de 1924, dentro del Título IV del Libro I denominado "*Penas, medidas de seguridad y otras medidas*", incorporó en el art.

[234] Este principio tiene su base, según José María ASENCIO MELLADO (*Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 127), en la exclusividad jurisdiccional en cuya virtud los jueces han de poseer la primera palabra. Una limitación a este principio está justificado en función a la nota de urgencia o peligro por la demora en su inmediata ejecución, pero ello en modo alguno excluye el inmediato y ulterior control jurisdiccional, para confirmar o alzar dicha medida.

46º la *confiscación,* estatuyendo toda "condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. *Los unos y los otros serán confiscados,* a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumento de delito o cuya fabricación, porte, uso o venta sean ilícitos, se ordenará siempre su *confiscación,* aun cuando no pertenezcan al acusado" (los subrayados son nuestros).

Sobre esa base, la doctrina nacional consideró que el decomiso era una medida de seguridad patrimonial. BRAMONT ARIAS indicaba que perseguía quitarle al delincuente o a otra persona la disponibilidad de cosas que tienen relación con el delito [235], mientras que PEÑA CABRERA precisaba que tenía como propósito, además de prevenir infracciones, eliminar cosas o instrumentos peligrosos, de suerte que el comiso no se subordina a la peligrosidad del autor, sino que trata de alejarlo del recuerdo de aquellas cosas que le permitieron caer en el delito [236].

2. El actual Código Penal de 1991, siguiendo los diversos Proyectos del Código Penal de España, redefine el decomiso, tal como ahora lo rotula el Título VI del Libro I, "De la reparación civil y consecuencias accesorias". Ello implica apartar implícitamente el decomiso de las clásicas consecuencias penales, como son las penas y las medidas de seguridad. El Capítulo II de dicho Título está dedicado a las consecuencias accesorias, en las que incorpora el decomiso (art. 102º), la privación de beneficios de las personas jurídicas (art. 104º) y las medidas contra personas jurídicas (art. 105º).

El art. 102º CP dispone que el "Juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción". Por su parte, el art. 104º CP prescribe que: "El Juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes".

---

[235] BRAMONT ARIAS, Luis: *Código penal anotado,* El Ferrocarril, Lima, 1966, p. 114.

[236] PEÑA CABRERA, Raúl: *Derecho Penal Peruano. Parte General,* Sesator, Lima, 1977, p. 370.

Según se pronuncia ahora PEÑA CABRERA el decomiso es una sanción accesoria a la pena principal; no es una medida de seguridad patrimonial, puesto que los fines de corrección y reeducación sólo son alcanzables a través de medidas que incidan estrictamente en lo personal [237]. BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES sostienen que el comiso tiene naturaleza de pena, aunque posea una clara utilidad para la indemnización del daño, y esté dirigido a la prevención de los delitos quitándole al delincuente las cosas relacionadas con el delito cometido o por sí mismas peligrosas [238].

Por nuestra parte, siguiendo a GRACIA MARTÍN, es de puntualizar que podría tratarse de una nueva consecuencia del delito [239], cuyo contenido, al decir de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, está orientado a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos, y en tanto es claramente aflictivo, en su imposición debe ser aplicable todo el elenco de garantías que recoge el Código Penal en relación con la pena y su prescripción [240]. En todo caso, su carácter complejo resulta inobjetable [241], así como su naturaleza peculiar, al no responder a la prevención a través de la motivación, ni a la retribución –lógica de las penas–, ni a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto –lógica de las medidas de seguridad– [242].

3. De cara a lo que debe decirse del secuestro o incautación cautelar, es del caso precisar lo siguiente respecto del decomiso:

A) Que el objeto del decomiso no son sólo cosas corporales, sino también derechos, en cuanto han sido producidos mediante un hecho punible doloso, o han estado destinados a la comisión o preparación de tales delitos.

---

[237] PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1999, p. 695.

[238] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 317.

[239] GRACIA MARTÍN, Luis y MAGUELONE ZODER, Isabel: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 439.

[240] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 361-362.

[241] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho Penal. Parte* General, Temis, Bogotá, 1997, p. 786.

[242] MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1996, p. 788.

B) Que el Código Penal reconoce tres tipos de decomiso: **(1)** *Decomiso de efectos (producta scaeleris),* que recae en los objetos que son obtenidos con la conducta típica, tanto inmediatos como mediatos; **(2)** *Decomiso de instrumentos (instrumenta scaeleris),* que afecta a los bienes que el autor ha utilizado para cometer el delito, entendiendo que se trata de un delito doloso, toda vez que, como enseña FONTÁN BALESTRA, importa la finalidad de realizar el tipo objetivo [243]; y, **(3)** *Decomiso de beneficios,* que en nuestra legislación se circunscribe a las personas jurídicas en cuanto tales, y tiene como norte cubrir –en cuanto sea insuficiente– la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil, lo que es de suyo criticable no sólo por no comprender el supuesto de personas naturales, sino porque a lo que es intrínsecamente penal se lo concibe civilmente y se lo limita a la reparación civil en cuanto la persona física vinculada a ella sea insolvente.

C) Que el decomiso funciona cuando se comete una infracción penal. No exige la imposición de una sanción penal al imputado. El decomiso en el CP vigente, a diferencia del anterior, no se impone como consecuencia directa de una condena. Según JESCHECK sólo resulta necesario que exista un hecho antijurídico doloso [244]. No hace falta que su autor haya cometido el delito con culpabilidad, tampoco que se haya acreditado la responsabilidad del imputado, por lo que un auto de sobreseimiento puede incluir tal medida si se acredita que el objeto está vinculado a un delito.

D) Que el decomiso procede cuando los objetos son de propiedad del autor o partícipe del delito, no cuando pertenecen a terceros no intervinientes en la infracción penal. Si el objeto se encuentra en régimen de copropiedad, dominio conjunto o en comunidad, el decomiso procederá si los imputados son todos titulares del mismo, salvo que sobre el bien exista un derecho de cuota, en aquellos casos en que es permitido hacerlo.

E) Que el decomiso puede obviarse si los bienes no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad

---

[243] FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, T. III, p. 266.

[244] JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II, p. 1103.

de la infracción penal. Si un bien es intrínsecamente delictivo, el decomiso es obligatorio. Será facultativo si el bien no es delictivo y si su valor no es claramente desproporcionado respecto del ilícito perpetrado; en este caso, de ser posible hacerlo, el decomiso será parcial.

F) Que es de diferenciar *producta scaeleris* con los objetos meramente obtenidos o que constituyan los objetos del hecho punible, que es lo que se denomina *corpus delicti*. Siguiendo a MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, son objetos obtenidos: el botín del hurto, el animal cazado contra la ley, el dinero ganado en un juego de azar prohibido; en cambio, son objetos del hecho: explosivos y armas poseídos sin autorización, entre otros [245]. Por ello es que la ley especial debe prever supuestos adicionales de decomiso, como es el caso de mercancías de contrabando, de la droga, de bienes culturales, de tenencia de armas de fuego [246].

2. LA INCAUTACIÓN O SECUESTRO DE BIENES

1. Sobre la medida provisional de la incautación o secuestro, los arts. 170º-171º del CPP 1940 señalan que el sujeto de esta medida es el Juez Penal (anteriormente, el art. 59º CPP 1940 autorizó a la Policía Judicial a incautar efectos del delito). Si el delito ha dejado vestigios o pruebas materiales deben recogerse y conservarse; esta diligencia de retención de instrumentos, armas y efectos se protocoliza en un acta (*vid.* arts. 641º y 644º CPC). El nuevo texto del art. 95º CPP, como se anotó, también menciona la incautación, aunque no precisa sus alcances institucionales.

2. La incautación será una medida provisional cuando tenga como objeto efectos e instrumentos del delito y beneficios obtenidos por las personas jurídicas (arts. 102º y 104º CP) y, excepcionalmente, en los casos establecidos por la ley, los objetos obtenidos y los objetos del hecho, "*corpus delicti*". En los supuestos de "piezas de convicción", esto es, objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios probatorios, y de "objetos obtenidos y objetos del hecho que no se pueden per-

---

[245] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. 2, p. 682.

[246] *Vid.* GRACIA MARTÍN / MAGUELONE ZODER: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, cit., p. 451.

der en beneficio del Estado o de la víctima", el secuestro será meramente instrumental, es decir, tiene una función esencialmente probatoria y de naturaleza coercitiva.

3. La medida provisional de incautación o secuestro, en tanto medida limitativa de derechos fundamentales (recuérdese que según el art. 2º.15 de la Constitución nacional el derecho de propiedad tiene carácter fundamental), debe disponerse por el Juez mediante resolución debidamente fundamentada (art. 139º.5 Const.) y acorde con el principio de proporcionalidad. Para estos efectos, conforme a los presupuestos materiales de toda medida provisional, requiere la presencia de elementos de convicción que acrediten la realidad del delito y la vinculación delictiva del imputado a título de autor o partícipe (condición general de la medida o *fumus boni iuris),* a la vez que devenga necesaria la ocupación y retención de los objetos en cuestión para evitar su desaparición o indisponibilidad (exigencia cautelar o *periculum in mora).*

De acuerdo a los arts. 59º y 63º del CPP 1940 y 4º.2 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, la Policía, en su función de Policía Judicial, está autorizada a incautar objetos vinculados al delito, levantando el acta correspondiente suscrita por quien haya intervenido en ella. Esta ocupación y retención de bienes está vinculada a la noción de *urgencia.* En consecuencia, sólo podrá incautarse en sede preliminar si es que se advierte que, por razones de tiempo o peligro por la demora, no puede esperarse la preceptiva orden judicial, que es lo que se denomina "peligro de desaparición", o en todo caso si la aprehensión provisional requiere de una medida jurídica de ejecución. En estos casos, la naturaleza de la incautación es provisionalísima, por lo que necesariamente requiere la inmediata convalidación judicial mediante auto fundado que apreciará su procedencia. El Juez Penal, en el auto de apertura de instrucción, debe revocar o convalidar esta medida preprocesal.

4. La medida de incautación, en principio, se lleva a cabo aprehendiendo las cosas delictivas u ocupándolas, en tanto en cuanto son bienes muebles capaces de ser transportados, los mismos que inmediatamente son puestos a disposición de la autoridad competente. Por lo general, esta autoridad es el Juez Penal, salvo lo dispuesto en numerosas leyes penales especiales, tales como las represoras de los delitos de contrabando, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, corrupción, etc., cuya custodia se entrega a órganos administrativos *ad hoc* o a los Ministerios del Interior o de Justicia.

Cabe acotar que el art. 643º CPP regula el denominado secuestro judicial, el mismo que recae sobre bienes litigiosos –que en el caso penal se refieren a los bienes indicados en los arts. 102º y 104º CP–, cuya característica esencial es, primero, el desapoderamiento de los mismos del poder del afectado: imputado o persona jurídica vinculada al imputado, que pierden el uso y goce del bien y la indisponibilidad material del mismo; y, segundo, que quedan en custodia –se entregan a un custodio– y bajo disposición judicial, con las particularidades que indican las otras normas del CPC y las específicas del ordenamiento punitivo ya citadas [247].

Dispuesto el decomiso, en tanto consecuencia accesoria de naturaleza ejecutiva, corresponderá –según los casos– su destrucción, su adjudicación al Estado o su ejecución forzada con arreglo al Capítulo V del Título V de la Sección V del Código Procesal Civil.

5. El CPP 1940 no desarrolla las modalidades que puede revestir el secuestro o incautación como medida provisional penal. En consecuencia, es del caso aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil en lo atinente al secuestro judicial.

En tal virtud, si se trata de bienes inmuebles, la medida importará necesariamente la desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez (aplicación supletoria del art. 643º CPC) o impuesto por la ley de ser el caso; y, concurrente o alternativamente, su inscripción si se trata de bienes registrados (art. 656º CPC). Por otro lado, si se está ante inversiones delictivas o frente a ganancias o beneficios delictivos de las personas jurídicas en el supuesto del art. 104º CP, la incautación podrá tomar la forma de retención (bienes en posesión de terceros, art. 657º CPC) o de intervención en recaudación destinada a ocupar sus ingresos (art. 661º CPC). De igual manera, si se establece la constitución de empresas, intrínsecamente delictivas como fachada de actividades criminales o formadas con el producto inmediato o mediato del delito para intervenir en el mercado (es muy importante, en el caso del lavado de activos, Ley Nº 27765 de 27 de junio de 2002) corresponde dictar un secuestro en forma de administración (art. 669º CP). Es de insistir que el secuestro importa siempre desapoderamiento material del bien –su ocupación por la autoridad–, y su consiguiente custodia, así como la puesta del mismo bajo disposición judicial.

---

[247] *Vid.* RIVAS: *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, cit., pp. 138, 139 y 149.

Cuando se afecte a una persona jurídica, en tanto se trata propiamente de una empresa criminal –*producta scaeleris*– o cuando haya obtenido ganancias como consecuencia del delito perpetrado por un funcionario o dependiente suyo, resulta imprescindible –producida la medida– citarla al proceso y comprenderla, en este último caso, como parte acusada, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa. Debe evitarse la indefensión y como tal tiene garantizado constitucionalmente su derecho a la propiedad, cuya tutela no puede ser negada por el Juez (*vid.* art. 7º LOPJ).

6. Sin duda alguna, la incautación o secuestro provisional penal es una medida limitativa de derechos fundamentales (ex art. 2º.16 Const.) y, como tal, comparte sus principios fundamentales. El primer principio es, precisamente, el de jurisdiccionalidad, en cuya virtud es al órgano jurisdiccional a quien corresponde decir la primera palabra cuando se trata de restringir derechos fundamentales.

Empero, este principio o regla genérica está sujeta, según la propia Constitución, a puntuales excepciones. Tenemos, por ejemplo, el caso de la detención preliminar policial y del allanamiento domiciliario, siempre que en ambos casos medie flagrancia delictiva, en el que aparece una expresa habilitación para que la restricción la realice la autoridad policial (arts. 2º.24.'f' y 2º.9 Const.). Aparte de esta autorización taxativa es posible reconocer otras habilitaciones objetivas acudiendo a una interpretación sistemática de la Constitución. Para ello podría acudirse, desde una perspectiva negativa, a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que considera una mayor protección jurídica frente a posibles medidas coercitivas cuando se trata de una "profunda intromisión en los derechos fundamentales", y la circunscribe a aquellos casos en que la Constitución exige que la orden que motiva una coerción se reserve al juez [248]. Nuestra ley fundamental exige orden judicial tratándose de inviolabilidad de domicilio fuera de flagrante delito y autorización de quien lo habita, de secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, de secreto bancario y reserva tributaria, de libertad de tránsito, y de disolución de asociaciones; luego, los otros derechos fundamentales podrían ser limitados por la autoridad administrativa en general, claro está previa autorización legal.

---

[248] SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 77.

Lo últimamente expuesto, sin embargo, no autoriza a entender que este "poder coercitivo" es ilimitado o autónomo. Se trata de una medida orientada al ejercicio de la acción penal y consecuente incoación de un proceso penal, por lo que tiene un carácter preventivo, en cuya virtud la autoridad jurisdiccional es quien tiene la palabra definitiva al respecto. Es absolutamente razonable que por razones de "peligro por la demora" la autoridad encargada de la investigación, que en nuestro ordenamiento jurídico es dirigida por el Ministerio Público [249], pueda llevar a cabo actos de coerción directos tratándose de ámbitos no reservados exclusivamente a la jurisdicción y siempre que ello no afecte grave y definitivamente, esto es, irreparable y/o irreversiblemente, derechos fundamentales. La primacía jurisdiccional, en estos casos, se expresa en la necesidad de pronunciarse inmediatamente, asegurado el bien en cuestión, confirmando o alzando la medida adoptada por la administración.

3. INCAUTACIONES ESPECIALES

1. La comisión de los delitos de publicación ilegal de obra ajena (art. 216º CP), modificación, reproducción, distribución o difusión indebida de obras (art. 217º CP) y plagio (art. 219º CP), puede dar lugar a un proceso provisional conservativo específico. El art. 221º CP prescribe al efecto que en dichos delitos, "...se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados por la comisión del ilícito". Esta norma, además, acota que la consecuencia accesoria de decomiso de los ejemplares incautados tiene como beneficiario al "...titular del derecho vulnerado o [...] una institución adecuada y, en caso no corresponder, serán destruidos. La entrega no tendrá carácter indemnizatorio".

2. El efecto conservativo de una medida provisional, considerado como un campo intermedio entre el efecto meramente aseguratorio y

[249] La Sentencia Nº 005-2001.AI/TC, Lima, de 15 de noviembre de 201, reiteramos, ha señalado tanto que el Ministerio Público es el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional, cuanto que la Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público (*El Peruano*, Lima, 17 de noviembre de 2001, p. 212791). Ello significa que una actuación policial no tiene entidad propia y, por tanto, no sólo debe ser dirigida por la Fiscalía, sino que de importar limitación de derechos requiere la ulterior decisión jurisdiccional.

el provisionalmente satisfactivo o innovativo, consiste en mantener, pero también en modificar el *statu quo* inicial, como única solución para hacer efectiva tutela penal. Cuando, como consecuencia de un procedimiento de investigación de cualquiera de los tres delitos de autor ya señalados, se incautan los ejemplares ilícitos y los aparatos o medios utilizados para su comisión, lo que se está haciendo no es sólo inmovilizar una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso penal, también se está modificando el estado antijurídico generado por el hecho delictivo, a fin de tornar eficaz la intervención judicial contra estos delitos y, de ese modo, evitar la prolongación lesiva del delito.

3. El propio CP define la medida provisional que cumplirá la finalidad esbozada. Los bienes vinculados al delito deben ser incautados. Ello significa que se trata, siguiendo a MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, no de los *producta scaeleris*, sino de los *objetos del* hecho (caso de los ejemplares ilícitos) [250], y de los *instrumenta scaeleris* (caso de los aparatos y demás medios utilizados en la comisión delictiva).

En estos casos la medida podrá dictarse *ex officio*, siempre que se acredite la *condición general* necesaria: principio de prueba que revele la realidad del delito y la vinculación del imputado con dicha infracción (*fumus boni iuris*), así como la correspondiente *exigencia cautelar*, que como reitera ORTELLS RAMOS, es el presupuesto del *periculum in mora:* riesgo de indisponibilidad de las cosas delictivas, y que puede adoptarse sin requerir que el juzgador deba comprobarla [251].

4. Existen otras normas que prevén incautaciones de bienes delictivos. Así tenemos: **(1)** El art. 2º de la Ley Nº 26714, referida a los delitos monetarios, impone la incautación de las máquinas, planchas, matrices, cuños, equipos y demás instrumentos materiales utilizados en su comisión (*instrumenta scaeleris*), así como las falsificaciones con ellos obtenidas *(objetos del hecho).* **(2)** El art. 13º de la Ley Nº 28008, referido a los delitos aduaneros, obliga a la incautación y secuestro de las mercancías *(objetos del hecho),* medios de transporte *(instrumenta scaeleris),* bienes y efectos que constituyan objeto del delito *(producta scaeleris).* **(3)** El art.

---

[250] MAURACH *et al.*: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. 2, p. 682.

[251] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 442.

66º del Decreto Ley Nº 22095, referido a delitos de tráfico ilícito de drogas, dispone la incautación de las drogas *(objetos obtenidos)*, insumos *(objetos del hecho)*, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación de drogas *(instrumenta scaeleris)*, así como los equipos de trabajo y otros bienes de uso directo utilizados para el cultivo y explotación ilícita de coca. Cabe agregar que el art. 2º de la Ley Nº 26332 extiende esta medida al cultivo de adormidera.

Es evidente que la incautación o secuestro, en cuanto medida cautelar real, tiene en estos casos un decidido efecto conservativo, no meramente aseguratorio. En consecuencia, son aplicables los criterios y presupuestos expuestos líneas arriba.

V. ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL PROCESAMIENTO PENAL

1. El embargo, empero, no es la única medida provisional civil con funciones cautelares. Es absolutamente razonable, en determinados delitos, que la acción restitutoria exija la declaración de nulidad de contratos de transferencia de bienes, especialmente inmuebles, así como de acuerdos societarios delictivos. En efecto, se trata, como apunta GUTIÉRREZ ZARZA, de exigir en el proceso penal una responsabilidad especialmente contemplada en el Código Penal, que en rigor constituye un presupuesto ineludible en ocasiones para proceder a la restitución del estado de cosas existentes antes del hecho delictivo [252], lo cual es propio en los delitos concursales, en los delitos societarios e, inclusive, en los delitos contra la fe pública y de estafa [253].

2. El Juez, en todo caso, podrá declarar la nulidad siempre que el Fiscal o el actor civil soliciten expresamente tal pretensión –que es consecuencia del principio dispositivo que inspira el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal– y que todos los que pudieren resultar

[252] GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid, 2000, pp. 186-188.

[253] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *El delito de falsedad en la información social del art. 290º del Código Penal de 1995* (Empresa y Derecho Penal I, Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1998, p. 138; GARBERÍ LLOBREGAT, en GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 514.

afectados con la nulidad (la empresa, el adquirente y sucesivos subadquirentes) hayan sido emplazados y tenido la oportunidad de ejercer su defensa [254].

Cabe insistir que la *acción restitutoria* procura el restablecimiento del estado anterior al hecho ilícito. En consecuencia, como enseña VÉLEZ MARICONDE, dicha acción podrá referirse a un derecho (p. ej., de uso o de servidumbre), o con ello podrá demandarse la recuperación de un estado jurídico que el delito atacó o puso en peligro (como, v. gr., la nulidad de un documento falso, o la reposición de términos removidos, o la supresión de escritos injuriosos o de anotaciones falsas en un registro, etc.) [255].

3. La *anotación preventiva*, como es obvio, requiere una expresa resolución provisional y no se deriva automáticamente del propio auto de apertura de instrucción. El auto cautelar debe apreciar especialmente los indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación [256].

4. En estos casos la pregunta estaría dada si, concretamente, cabe aplicar lo dispuesto en el art. 673º CPC, es decir, la anotación de la denuncia formalizada del Fiscal en los Registros Públicos, cuando se está ante derechos inscritos que pueden ser afectados por la acción restitutoria. Es cierto que el CPP no tiene norma de remisión alguna al respecto, pero es del caso tener presente, en primer lugar, el art. 139º.3 de la Constitución, que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, que según el art. 7º LOPJ debe ser plena; en segundo lugar, el art. III, segundo párrafo, del Título Preliminar del CPC, que establece que en caso de vacío o defecto de las disposiciones procesales, se debe recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso; y, en tercer lugar, la Primera Disposición Final del CPC, que estatuye que las disposiciones de dicho Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

---

[254] GUTIÉRREZ ZARZA: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, cit., p. 193.

[255] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. III, p. 45.

[256] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 303-304.

Una tutela plena de los derechos e intereses legítimos en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, garantizada constitucionalmente, sólo será posible si se puede acudir a medidas idóneas y adecuadas para conseguir el aseguramiento anticipado de la misma, tanto más si el CPC prevé tales medidas y lo que se pretende asegurar es una pretensión civil, por lo que la Primera Disposición Final del CPC es desde todo punto de vista aplicable a este caso.

5. La restitución de un bien o derecho susceptible de reflejo registral absolutamente posible a tenor de lo expuesto líneas arriba, constituye una situación jurídica cautelable a través de la anotación registral en referencia. El presupuesto de tal situación es que la pretensión cautelar debe referirse o afectar un derecho registrado, cuya inexistencia la torna innecesaria [257]. Esta medida cautelar, si bien no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, otorga prevalencia a quien lo ha obtenido (art. 673º, *in fine*, CPC). En puridad, como afirma MORENO CATENA, lo que se trata es de tener un medio que permita enervar la fe pública registral para que un tercero que adquiera el bien del imputado, no esté amparado por la buena fe [258]. Su operatividad se da en aquellos casos en que la conducta delictiva, por sí misma o como medio para perpetrarla, haya implicado la realización de algún acto o negocio con trascendencia registral sobre bienes, cuya declaración de nulidad, con la consiguiente restitución de la situación jurídica al momento anterior a la comisión del hecho punible, ha de erigirse en el exacto alcance que debe darse en tales supuestos a los pronunciamientos judiciales sobre la responsabilidad civil enjuiciada en el proceso penal [259].

La medida, en este caso, tiene una naturaleza conservativa, pues busca mantener la integridad de un bien o patrimonio que pasó o está en poder del imputado en virtud de una conducta delictiva que se le imputa, con el objeto de que sea restituido a la víctima.

---

[257] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit. T. II (*Proceso civil*), p. 665.

[258] MORENO CATENA *et al.*: *El proceso penal*, cit., Vol. II, p. 1811.

[259] GARBERÍ LLOBREGAT, en: GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 513.

VI. ORDEN DE INHIBICIÓN DE BIENES INSCRIBIBLES

1. El art. 2º.4 de la Ley Nº 27379 permite otra medida provisional real civil, paralela al embargo, que es la orden de inhibición de bienes. Es una medida con función cautelar, anota CAFFERATA NORES, que impide al afectado la libre disposición de sus bienes, cuando sea necesario asegurar el efectivo cumplimiento de las consecuencias económicas que presumiblemente impondrá la sentencia [260].

Esta medida, apunta CLARIÁ OLMEDO, en primer lugar, funciona como un sustitutivo del embargo y adquiere procesalmente su misma naturaleza, pero se diferencia en que se proyecta sobre bienes futuros, que no se conocen; en segundo lugar, si el imputado y el tercero civil carecen de bienes para cubrir la reparación civil pueden ser objeto de esta orden cautelar, que es "una especie de interdicción general o especial de los bienes del deudor en la ejecución, y desde un punto de vista preventivo, de los bienes de quien pueda resulta pecuniariamente responsable como consecuencia de la sentencia firme"; y, en tercer lugar, se limita a los bienes inscribibles [261].

2. La orden de inhibición de bienes, en principio, es de carácter temporal y está prevista para los supuestos excepcionales de investigación preliminar de los delitos especialmente graves. Se trata de ilícitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales que se prevalen del poder público; de delitos de peligro común, contra la administración pública, agravados, aduaneros y tributarios, siempre que se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal; y de delitos de terrorismo, tráfico de drogas, terrorismo especial, contra la humanidad y contra el Estado y la Defensa Nacional (*vid.* art. 1º, Ley Nº 27379). Por otro lado, el art. 7º de dicha Ley permite que estas medidas se realicen en el curso del proceso penal, en cuyo caso serán dirigidas y controladas por el Juez.

---

[260] CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1983, p. 134.

[261] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1966, T. V, pp. 393-394.

VII. DESTRUCCIÓN DE CULTIVOS

1. Otra medida provisional penal –ya no civil como las anteriores–, y de un claro efecto innovativo y con función tuitiva, es la denominada "*destrucción de cultivos*", estatuida en el art. 66º del Decreto Ley Nº 22095, modificado por el Decreto Ley Nº 22926, vinculada al delito de tráfico ilícito de drogas (ahora destinada al caso de siembra o cultivo de plantas de amapola o marihuana, según el art. 296º-A CP, luego de la modificación efectuada por la Ley Nº 28002 de 17 de junio de 2003). En estos casos, el art. 11º del Decreto Legislativo Nº 824 prescribe que tales cultivos serán destruidos.

2. La destrucción se realiza en presencia del Juez Penal, de un representante del Ministerio de Agricultura y otro representante de la Policía Nacional, levantándose al efecto el acta correspondiente (art. 66º del Decreto Ley Nº 22095, modificado por Decreto Ley Nº 22926).

La destrucción de cultivos, al perseguir el cese de la actividad delictiva de siembra y cultivo de coca, amapola o adormidera y marihuana (con las legítimas dudas dimanantes del principio de legalidad penal en este último supuesto) es una medida innovativa. Por su intermedio se pone fin al estado antijurídico creado por el delito de drogas, en su modalidad de actos de cultivo, que la sentencia condenatoria penal en su día debe ratificar. La evidencia del delito, acreditada con la propia ocupación del terreno de cultivo, justifica que por lo general se trate de una medida realizada en sede de investigación preliminar.

Cabe significar que, en el primer caso, el Juez Penal debe ordenar la destrucción del cultivo, pues tratándose de una diligencia con fines penales, su presencia, aun antes de dictar auto de apertura de instrucción –en este supuesto sería una medida precautelar– importa la dirección de la misma; el acta levantada al efecto tendrá un carácter judicial. Empero, en el segundo caso, el Juez Penal no interviene, lo hace el Fiscal Provincial; por consiguiente, al realizarse la destrucción del cultivo en sede preliminar o fase preprocesal y bajo conducción fiscal (art. 159º.4 Const.), está sujeta a un posterior control judicial de legalidad.

VIII. LA INMOVILIZACIÓN, LA MINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTAMINANTE

1. La inmovilización de bienes muebles

El Capítulo IX del Título III "De las Medidas Coercitivas" del Libro I del Código Procesal Penal de 1991, regula expresamente tres medidas instructoras coercitivas: la clausura de locales, la vigilancia de locales y la inmovilización de cosas muebles. Las tres medidas tienen de común que se trata de actos aseguratorios previos al secuestro de bienes con fines conservativos o cautelares. La inmovilización de cosas muebles puede tener finalidades conservativas o provisionales penales con función cautelar, pero la vigilancia y la clausura de locales sólo tienen finalidad conservativa, exclusivamente probatoria.

La vigilancia y la clausura de un local, según el caso, son medidas temporales destinadas a garantizar la debida adquisición de fuentes de prueba para evitar su contaminación, mientras se realizan las diligencias de inspección, constatación y periciales necesarias para la investigación. La opción por una u otra medida tiene que ver con la magnitud, complejidad y naturaleza de los actos de investigación que deban realizarse. Llevada a cabo los actos de investigación subsecuentes, la vigilancia y la clausura deben levantarse.

Es posible preguntarse si existiendo la clausura de locales o establecimientos como medida accesoria contra las personas jurídicas (art. 105º.1 del Código Penal), podría considerarse la clausura del local, a que hace referencia el art. 167º del Código Procesal Penal de 1991, como una medida provisional (principio de homogeneidad). Nos inclinamos por una respuesta negativa, toda vez que la *ratio* de dicha norma está centrada, como su texto lo señala, en la investigación de un delito grave y no en el aseguramiento de la efectividad de una sentencia condenatoria y, fundamentalmente, porque dicha medida no aseguraría nada que la ejecución de la sentencia no podría implementar. La clausura de un local es una medida ejecutiva que se realiza inmediatamente, sin posibilidad de evasión por el reo.

La inmovilización procede contra cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no puedan ser puestas y mantenidas en depósito, es

decir, que no puedan ser trasladadas a un lugar determinado con fines de depósito. El depósito es el acto que permite hacer efectivo el secuestro y el asegurar el bien en cuestión; la aprehensión de cosas y bienes está orientada al depósito, con el que se concreta el secuestro; luego, si no se puede llevar a cabo el depósito, por la naturaleza o la dimensión del bien mueble, es del caso dictar la inmovilización.

Las cosas inmovilizadas pueden tener influencia en la fase probatoria, en cuyo mérito la inmovilización tendrá fines conservativos, pero también pueden estar orientadas al decomiso si se trata de un efecto o instrumento del delito. Es el caso, por ejemplo, de un trailer malogrado donde se ocultó insumos para la producción de drogas o de un quiosco en un mercado de fin de semana donde se depositó armas de procedencia delictiva. En ambos supuestos fácticos las dimensiones del bien impiden su aprehensión e inmediata puesta en depósito.

2. LA RECUPERACIÓN PROVISIONAL DEL BIEN USURPADO O MINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN

En principio, es de tener presente que el art. 161º *ab initio* del Código Procesal Penal de 1991, inserto en el ámbito del secuestro, regula una medida innovativa vinculada a los delitos permanentes o de estado: Dice la norma: *"El Juez, si no se causa perjuicio irreparable y las circunstancias del caso lo permiten, podrá disponer provisionalmente las medidas del caso para que cese el estado antijurídico producido por el hecho punible en las cosas o efectos"*.

Se trata, según se infiere de su texto, de una medida cuya función más evidente consiste en el cese de la actividad ilícita, que, en buena cuenta, anticipa provisionalmente uno de los efectos de la sentencia: la devolución del bien usurpado al agraviado, la suspensión de la actividad contaminante, etc., con lo que concurrentemente cumple una función cautelar. Esta medida, en puridad de verdad, tanto penal cuanto civil, constituye una respuesta específica al problema común de los riesgos de la demora por la necesidad del desarrollo previo del proceso de declaración de responsabilidad penal de una persona y consecuente imposición de una pena y fijación de las responsabilidades pecuniarias pertinentes. Como tal, siguiendo a Jorge Walter PEYRANO, tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existentes antes de la petición de su dictado, ordenándose –sin que medie sentencia firme–

que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente [262].

La cesación provisional del estado antijurídico producido por un delito en las cosas o efectos, es una medida que puede dictarla el Juez siempre que no se cause perjuicio irreparable y las circunstancias del caso lo permitan. Como ya se puntualizó, cabe calificarla como una medida innovativa que busca poner término a las consecuencias de un delito de estado o permanente. Los efectos lesivos de la infracción penal se concretan en las cosas o en los efectos, vale decir, en los bienes inanimados. Compete al juez evaluar si corresponde, jurídicamente, dictar una medida como la estudiada, en tanto sea posible evitar la continuación del perjuicio presente en las cosas materiales que constituyen el objeto del delito o en los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva [263].

El Decreto Legislativo Nº 312, de 12 de noviembre de 1984, tiene asignada una medida provisional innovativa específica para el delito de usurpación. Si hay motivo fundado para suponer que se ha cometido dicho delito, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado, el juez ordenará la desocupación en el término de 24 horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado. Esta medida pasa por la desposesión del bien por el imputado, que es la única manera de asegurar que el predio estará a disposición del agraviado para el supuesto de una sentencia condenatoria.

La recuperación cautelar del bien usurpado, bajo la denominación de "ministración provisional de la posesión", está sujeto a tres presupuestos materiales. El "*fumus boni iuris*" se concreta en dos niveles: 1. Necesidad que el delito de usurpación esté acreditado en cuanto objetividad típica, que existan suficientes elementos de convicción acerca de la de vinculación delictiva del imputado y que el ilícito se haya perpetra-

---

[262] PEYRANO, Jorge Walter: *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981, *passim*.

[263] Ha establecido la Corte Suprema que la condena por el delito de usurpación debe disponer la restitución del bien usurpado, objeto material del delito (Ejecutoria suprema del 25 de setiembre de 1992, Exp. Nº 1423-91-B, Tacna [ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 187-188]).

do dentro del año anterior al auto de apertura de instrucción [264]. **2.** Prueba acabada de que el agraviado es el titular de algún derecho real sobre el inmueble ocupado por el imputado. Es de recordar que la imputación razonable descansa no sólo en la existencia del delito sino también en la atribución del hecho a su autor y que un requisito adicional que impone la ley es que el delito haya sido perpetrado dentro del año anterior al procesamiento penal.

El "*periculum in mora*", como toda medida cautelar real, está centrado en los riesgos que para la efectividad de la sentencia pueda derivarse del tiempo necesario que debe transcurrir hasta su emanación. La demora en la expedición del fallo condenatorio atentaría contra la eficacia del mismo y evitaría que el imputado, quien *prima facie* no tiene derecho a la posesión del inmueble, se haga fuerte en su ilícita posesión y perjudique ostensiblemente al agraviado.

Empero, como apunta PEYRANO, el presupuesto propio y característico de la medida innovativa, es la denominada "*irreparabilidad del perjuicio*", que consiste en que la situación de hecho que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al pretensor [265]; en suma, sería altamente lesivo a la víctima, a quien se le ha privado de la posesión de un predio, esperar el fallo definitivo para recuperar la tenencia del inmueble. Se entiende que ello le ocasionaría daños y perjuicios irreparables o de difícil reparación en sus intereses legítimos, los cuales se encuentran protegidos penalmente por el ordenamiento jurídico.

Las seguridades que exige la ley para estimar acreditado el *fumus boni iuris*, dado que esta medida adelanta acabadamente los efectos del

---

[264] La ministración provisional de la posesión requiere que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado (Ejecutoria suprema de 17 de noviembre de 1987, Exp. Nº 1062-87, Lima [RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, p. 252]). Asimismo la Corte Superior ha puntualizado que el delito de usurpación protege el mejor derecho de posesión y que la ministración de posesión debe pedirse dentro del año de ocurridos los hechos (Ejecutoria suprema de Lima de 11 de junio de 1977, Exp. Nº 1328-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 311]). Esta medida se puede solicitar estando la causa expedita para sentenciar, pues no incide en la resolución penal (Ejecutoria superior de Lima de 1 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3513-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 325]).

[265] PEYRANO: *Medida cautelar innovativa*, cit., p. 27.

fallo condenatorio, es que el juez debe apreciar los extremos de la imputación previa realización de una diligencia de inspección judicial, en cuyo desarrollo puede actuar las pruebas urgentes que resulten necesarias para determinar la realidad de la comisión delictiva y el derecho o interés jurídico vulnerado a la víctima.

Para el caso de tierras rústicas, el Decreto Legislativo Nº 653, de 30 de julio de 1991, contempla similar medida provisional innovativa y bajo el mismo procedimiento. Dicha norma destaca: (1) Que la ministración de posesión se mantendrá a las resultas del proceso penal correspondiente –ratificando con ello el sometimiento a la cláusula *rebus sic stantibus*–, lo cual constituye precisamente una nota característica de toda medida cautelar y que, por tanto, el que no haya sido expresamente considerada en el Decreto Legislativo Nº 312, no quiere decir que la ley la configuró como una medida permanente, tanto más si la norma hace mención a la ministración de posesión es provisional; y, (2) Que no se admitirá acción alguna que entorpezca la orden de desocupación, al punto que la apelación no interrumpe su ejecución, lo que en buena cuenta destaca el principio de ejecución provisional de la resolución impugnada, aceptado como regla en el art. 336º del Código de 1991. La práctica de los tribunales en materia de impugnación de estas medidas siempre ha sido acordar efecto suspensivo al recurso de apelación, por lo que mediante esta norma se modifica dicha práctica aunque limitada a los predios rústicos.

3. La suspensión de la actividad contaminante

El art. 314º del Código Penal prevé expresamente otra medida provisional innovativa con funciones tuitivas, de hacer cesar la actividad delictiva y cautelar de garantizar la reparación civil: la suspensión de la actividad contaminante, que en buena cuenta consiste en la anticipación de una las consecuencias jurídicas del delito a fijarse en la sentencia. Dicho artículo estatuye lo siguiente: *"El Juez penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, de conformidad con el art. 105º, inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental"*.

Esta norma, si bien merece una interpretación correctora, tiene indudables efectos preventivos en el control del delito ecológico. Impo-

ne al juez penal la aplicación de dos medidas: 1. Una *provisional*, que es la de facultar al juez, de cumplirse sus presupuestos, la suspensión inmediata de la actividad contaminante; y, 2. Otra considerada como una *consecuencia accesoria*, que es la clausura definitiva o temporal del establecimiento contaminador. Sólo la primera medida puede ser aplicada por el Juez Penal en el curso del procedimiento penal, a la que la ley rotula expresamente de "*medida cautelar*". La segunda medida, en cambio, se impondrá, obligatoriamente, al dictarse sentencia condenatoria e irá anexa a la pena y reparación consiguiente. En este último caso la ley presume que la actividad contaminante se da por la ínsita peligrosidad objetiva de la persona jurídica, basada en un defecto de organización que facilita la comisión del delito ecológico.

En tanto medida provisional con fines cautelares y tuitivos, la suspensión de la actividad contaminante, que debe dictarse *ex officio* –la norma se afilia al principio de oficialidad en materia cautelar penal–, está sujeta, como es obvio, al cumplimiento de los dos clásicos presupuestos materiales: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. En cuanto al primer presupuesto, que en rigor es la denominada "*condición de aplicabilidad de la medida*", es de recordar que el procesamiento penal de una persona está condicionado a la emisión de un informe positivo de la autoridad ambiental competente en orden a la violación de la legislación ambiental, consecuentemente, el *fumus boni iuris* exigirá: **a)** prueba del ilícito penal y probabilidad de que dicho delito ha sido cometido por el imputado, en cuya virtud el informe fundado de la administración tendrá especial relevancia; y, **b)** elementos probatorios que revelen el defecto de organización de la persona jurídica, facilitando de este modo la perpetración del delito o permitiendo la utilización de su estructura organizativa para su comisión.

Respecto al segundo presupuesto, de carácter implícito, que en rigor constituye la propia "*exigencia cautelar*", es de destacar la lesividad evidente de la actividad contaminante y, por ende, la necesidad de ponerle término en resguardo de la debida tutela al bien jurídicamente protegido por el tipo penal. En puridad, el juez penal debe advertir la presencia de un riesgo fundado o concreto para el ambiente en la medida en que se continúe con la actividad delictiva o dañosa y, por tanto, que resulta absolutamente imperativo ponerle fin de modo inmediato.

En virtud de lo expuesto, sólo para el caso de imputación por delito ecológico, el juez puede disponer la clausura provisional de locales o

establecimientos (art. 105º.1 del Código Penal). Por razones obvias, derivadas de la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, la clausura nunca puede ser definitiva, situación que está reservada a la propia consecuencia accesoria.

IX. LA PENSIÓN PROVISIONAL Y EL INVENTARIO DE BIENES

El art. 11º del TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar prevé como medida anticipada, de conformidad con los arts. 635º y siguientes del Código Procesal Civil la *asignación anticipada de alimentos*. A este respecto, el art. 675º CPC exige para su concesión, en lo específico, una indubitable relación familiar, asignación que se presta por un monto determinado que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establece en la sentencia. Desde una perspectiva general, esta medida temporal sobre el fondo, al tratarse de una ejecución anticipada de la futura sentencia, requiere –conforme al art. 674º CPC– una intensidad mayor del *fumus delicti* y del *periculum in damnum*; en efecto, es de acreditar la necesidad impostergable de la víctima o la fehaciencia del hecho punible atribuido al imputado.

Ahora bien, dado el reconocimiento constitucional de la tutela cautelar y de la finalidad constitucionalmente legítima que se persigue, es absolutamente posible imponer esta medida anticipatoria de los efectos de la eventual sentencia de condena [266] cuando se presente el supuesto del art. 178º del Código Penal, que obliga a fijar una pensión de alimentos a la prole que resulte del delito de violación de la libertad sexual. La práctica identidad entre lo pretendido y lo que se declarará en la sentencia condenatoria en relación al hijo producto de la violencia sexual, torna razonable reconocer esta posibilidad.

En todos estos casos: delitos vinculados a la violencia familiar y delitos de violación de la libertad sexual, el objetivo de la medida es tuitiva de la víctima; busca evitar que el paso del tiempo necesario para la sustanciación del proceso redunde en su perjuicio, y se asiente en el

[266] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 302.

estado de necesidad económica en que se encuentran quienes están abocados a percibirla al final del proceso [267].

Otra medida provisional patrimonial, también tuitiva de la víctima, que prevé la legislación sobre protección frente a la violencia familiar es la *formación de inventarios* (vid.: art. 10º, segundo párrafo). Su aplicación está condicionada a la determinación previa de los bienes del imputado. Como dice GÓMEZ DE LIAÑO, tiene un alcance limitado pues no limita actos dispositivos, con lo que puede y seguramente debe ir unida a otra de administración, depósito o anotación [268].

[267] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 252.

[268] PÉREZ CRUZ MARTÍN / GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ: *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 332.

CAPÍTULO XXXIX
LA EXCARCELACIÓN

SUMARIO: I. Introducción. 1. Definición. 2. Notas características. 3. Modalidades de excarcelación. II. La libertad provisional. 1. Concepto. 2. Presupuestos. 3. Obligaciones accesorias. 4. Procedimiento. III. La libertad vigilada. IV. La libertad por exceso del plazo de prisión preventiva. V. La libertad incondicional. VI. Los delitos inexcarcelables.

I. INTRODUCCIÓN

1. DEFINICIÓN

La institución de la excarcelación está íntimamente relacionada con las medidas provisionales penales de carácter personal que se realizan en el proceso penal. Si la prisión preventiva importa privar al procesado de su libertad para evitar el peligro de fuga y el de obstaculización de la actividad probatoria, la *excarcelación* correlativamente constituye una contra-medida provisional o una medida provisional menos intensa, en cuya virtud el imputado recupera su libertad deambulatoria, pero condicionada al cumplimiento de ciertas obligaciones, tales como el deber de comparecencia y, en ciertos casos, adicionalmente, el deber de fijar domicilio determinado, de pagar una caución, de justificar sus actividades, etc., cuya infracción determina la revocación de la libertad y el reintegro del imputado al estado de privación de libertad.

El objeto esencial de la excarcelación, apunta CHICHIZOLA, es no imponer al encausado una restricción de la libertad personal en medida superior a las necesidades de la justicia represiva y a la verdadera naturaleza del hecho cometido, en cuya apreciación juega capital importancia

el arbitrio judicial [269]. La excarcelación es un reemplazo de garantía, de la más radical –propia del encarcelamiento preventiva del procesado– a otra menos intensa que presupone la libertad de locomoción del imputado, y por tanto informada por el principio de proporcionalidad estricta. Ésta constituye, al decir de VÉLEZ MARICONDE, un estado provisional de libertad, sometido a especiales vínculos, en que el procesado se encuentra cuando se *evita* (concepto inaplicable a nuestra legislación) o se hace cesar la prisión preventiva [270].

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

La excarcelación, sostiene RUBIANES, presenta cuatro características esenciales: **a)** es una garantía constitucional, o mejor dicho, es un derecho fundamental; **b)** es un derecho procesal; **c)** es una medida sustitutiva de la prisión preventiva; y, **d)** es una medida cautelar (nosotros diríamos: provisional penal) [271].

Se trata de un *derecho fundamental* porque la Constitución, en el art. 2º.24, garantiza la libertad y seguridad personales, lo que importa sostener que sólo permite la detención o prisión preventiva por razones excepcionales derivadas del peligro para los fines del proceso. El art. 9º.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aplicable a nuestro ordenamiento jurídico con fuerza directa a partir de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final, reconoce el derecho de todo individuo a la libertad y a la seguridad personales y, paralelamente, el inc. 3 afirma que en caso de que se encuentre detenido o sujeto a prisión, siendo ésta la excepción, tiene derecho a ser puesto en libertad, la que podrá estar subordinada a garantías que aseguren su comparecencia en el proceso.

Por lo demás, es de entender –siguiendo a Hernando LONDOÑO JIMÉNEZ– que la excarcelación es la concreción final del principio del *favor libertatis*, en cuanto se le entiende como el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitu-

---

[269] CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 24.

[270] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. II, p. 521.

[271] RUBIANES, Carlos J.: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1995, T. III, pp. 143-144.

ción de la libertad personal al imputado que esté privado de ella, cuando vengan a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de la libertad [272].

La excarcelación es un *derecho procesal* y no un beneficio. Se trata de un derecho porque tiene raigambre constitucional y deviene del principio de inocencia consagrado en el art. 2º.24.'e') de la Constitución, luego, no es un beneficio que se concede graciablemente [273]. En tal virtud, el imputado tiene el derecho a ser excarcelado si se encuentra en situación legal de serlo, correspondiendo al juez solamente declarar la coincidencia entre el status fáctico en que se encuentra el imputado y el proceso y alguna de las hipótesis permisivas de la ley.

El hecho de que la ley, art. 182º del Código de 1991, diga "podrá" en vez de "concederá" no sólo se refiere a la solicitud sino que aun cuando deba entenderse como dirigida al juez, la decisión denegatoria –apunta Guillermo A. C. LEDESMA– sólo podrá fundarse en la interpretación de una de las normas que rigen los institutos y no en la mera facultatividad que se les atribuya, puesto que en ese caso la resolución carecería de fundamento legal y sería arbitraria [274]. VÉLEZ MARICONDE precisa que siempre que no concurran las condiciones indispensables para que se mantenga al procesado, excepcionalmente, privado de libertad, él tiene el derecho de que se le conceda excarcelación, mientras el órgano jurisdiccional, correlativamente, está en el deber de acordarla [275].

La excarcelación es una *medida sustitutiva o alternativa de la prisión preventiva.* Su razón de ser, como se expresó, está informada por el principio de proporcionalidad estricta: si las evidencias en orden al "peligrosismo procesal" demuestran que la facultad excepcional del Estado de encarcelar preventivamente a una persona, en cuanto medida necesaria, se han desvanecido, por una u otra circunstancia, es del caso arbitrar una medida distinta, menos intensa que asegure al imputado al

---

[272] LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando: *De la captura a la excarcelación*, Temis, Bogotá, 1990, pp. 235 y 239.

[273] LEVENE (H), Ricardo: "La excarcelación", en: AA.VV.: *Excarcelación y eximición de prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 51 y 56.

[274] LEDESMA, Guillermo A. C.: *Eximición de prisión y excarcelación*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981, p. 13.

[275] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 522.

proceso. Señala al respecto RUBIANES que como la excarcelación presupone que el imputado esté encarcelado, por prisión preventiva, aparece así como un sustitutivo de esas medidas precautorias; porque no obstante mantenerse la razón de ser de tales medidas restrictivas de la libertad, el imputado puede lograr su libertad [276].

La excarcelación es una *medida provisional personal*. En tanto se trata de una medida sustitutiva a la prisión preventiva que reduce su carga de lesividad a la libertad ambulatoria del imputado y en cuanto se impone al imputado un conjunto de reglas de conducta para evitar que fugue, no hay duda que se trata de una medida provisional. MORENO CATENA apunta que, como medida con función cautelar (también tiene una función aseguratoria de la prueba) cautelar que es, limita la libertad ambulatoria del imputado, quien continúa sometido al proceso, a la par que se adopta para asegurar su comparecencia en el procedimiento, el normal desarrollo de la investigación y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga, y está sometida al principio de provisionalidad [277].

En tanto contra-medida provisional, la excarcelación es un estado de libertad restringida y esencialmente revocable. Es *restringida*, porque el imputado contrae la obligación formal de someterse al órgano jurisdiccional, compareciendo cada vez que sea citado; y, *revocable* porque la resolución que la concede, al igual que la que se la deniega, no causa instancia, pudiendo ser dejada sin efecto cuando las necesidades del proceso penal así lo requieran [278].

3. MODALIDADES DE EXCARCELACIÓN

Si advertimos las características de la excarcelación como contra-medida provisional menos intensa que la prisión preventiva y que permite la recuperación de la libertad deambulatoria del imputado, en nuestro ordenamiento jurídico procesal encontraremos cinco modalidades:

a) La *libertad provisional* (arts. 182º-188º CPP 1991);

b) La *libertad vigilada* (arts. 366º-368º CPP 1940, modificados por el Decreto Ley Nº 25476 y el art. no vigente 397º CPP 1991);

---

[276] RUBIANES: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 144.

[277] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 515.

[278] CHICHIZOLA: *La excarcelación*, cit., p. 29.

c) La *libertad por exceso en el plazo de la prisión preventiva*, que a su vez es de dos clases: una, la *delimitación temporal de la prisión preventiva*, fijada en el art. 137º CPP 1991, modificada por la Ley Nº 27553, de 31 de noviembre de 2001; y, dos, la libertad durante el procedimiento recursal, reconocida por la Ley Nº 24063, de 11 de enero de 1985, que ha repetido con mejor factura técnica el art. 335º CPP 1991;

d) La *libertad incondicional*, que representaba dos modalidades; una automática, por los informes finales en los procesos por delitos graves, derogada por la Ley Nº 27994; y, dos, la incondicional propiamente dicha, dictada al amparo del art. 201º CPP 1940 cuando se trata de un proceso con pluralidad de inculpados en cárcel; y

e) la *variación o conversión de la prisión preventiva en comparecencia*, incorporada por la modificatoria del art. 135º CPP 1991 establecida por la Ley Nº 276226, de 17 de diciembre de 1999. Esta norma dice: "[...] En todo caso el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida". Con ello, de un lado, corrigió una Ejecutoria suprema que impedía que el mandato de prisión preventiva se varíe sin referirlos a los supuestos previstos en la ley: libertad provisional, incondicional, vigilada o por exceso del plazo, y se afilió al Acuerdo Plenario Nº 3-97, de 15 de diciembre de 1997 [279]. De otro lado, en cuanto nueva opción excarcelatoria, está llamada a opacar y prácticamente desaparecer la libertad provisional, pues –al igual que ésta– funciona cuando varía el *fumus delicti* y los indicios en orden al peligrosismo procesal, y está informada por el principio de estricta proporcionalidad. Además, la mencionada Ley constituye una medida de mayor simplicidad, que no requiere trámites previos ni vista fiscal anticipada a la decisión judicial.

II. LA LIBERTAD PROVISIONAL

1. CONCEPTO

La libertad provisional, según ORTELLS RAMOS, es una contra-medida provisional que consiste en una limitación de la libertad del imputado,

[279] Exp. Nº 460-95, Lima.

mediante la imposición al mismo de obligaciones específicas, cuyo cumplimiento debe ser, en su caso, garantizado por una caución [280]. Su objeto, como apunta la jurisprudencia nacional, es poner fin a la privación de la libertad del inculpado, para dar lugar a que se le impongan medios de aseguramiento más benignos, siendo sólo una excarcelación transitoria que busca evitar se produzcan efectos perniciosos con una prolongada excarcelación [281].

La libertad provisional, como apunta CLARIÁ OLMEDO, tiene una base formal sólida: el procesamiento del imputado y el mandato de detención efectivizado, esto es, que el imputado se encuentre sometido a prisión en un establecimiento penal [282]. Así lo establece el primer párrafo del art. 182º del Código de 1991. Es obvio, asimismo, que otra base formal es que el imputado haya prestado declaración instructiva, es decir, que haya tenido la oportunidad de responder materialmente a la imputación formulada en su contra.

El imputado, por medio de la libertad provisional, pasa de una *situación jurídica de sujeción* –se encuentra detenido en un establecimiento penal por imperio del mandato de detención, que no puede eludir salvo mediante la fuga– a una *situación jurídica de obligación*, estando libre para cumplirla y asume las responsabilidades que se derivan del incumplimiento [283].

El objeto de las obligaciones accesorias que se imponen al imputado, enfatiza ARAGONESES MARTÍNEZ, estriba en asegurar su presencia en el proceso penal [284].

---

[280] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. III (*Proceso penal*), p. 566.

[281] Exp. Nº 62-97, Ejecutoria del Juzgado Penal de Lima (sic), de 6 de marzo de 1997 (NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, cit., pp. 248-249).

[282] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 312.

[283] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 567.

[284] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 397.

2. PRESUPUESTOS

A. Introducción

La ley reconoce dos presupuestos, siempre vinculados al *periculum in mora*, para la procedencia de la libertad provisional, que tienen como base común que luego de la detención se presenten nuevos elementos de convicción derivados de actos investigación concretos que permitan razonablemente prever: **1.** Que la pena privativa de libertad a imponerse al imputado no será mayor de cuatro años, o que el imputado esté sufriendo una detención mayor a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Fiscal en su acusación escrita. **2.** Que se haya desvanecido la probabilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria (art. 185º) [285].

Lo expuesto en el párrafo precedente significa que la libertad provisional no se sustenta en la variación del *fumus delicti*. Consecuentemente, no cabe que se otorgue sobre la base de que los fundamentos probatorios de la imputación se han desvanecido; el juicio de la libertad provisional es siempre incriminador desde el primer presupuesto de la detención y centrado en el *periculum in mora*. A este respecto, la Corte Suprema ha establecido que no cabe que el pronunciamiento de la procedencia de la libertad provisional se sustente en que los cargos imputados se han desvirtuado [286]. Sólo se acepta si el desvanecimiento de los cargos importe una prognosis de sanción no superior a los cuatro años de privación de libertad [287].

---

[285] Ha establecido la Corte Superior de Apurímac que resulta improcedente la libertad provisional, al ser la pena a imponerse al inculpado mayor a cuatro años de privación de libertad y no haberse desvanecido el peligro de que el procesado eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria (Ejecutoria superior de 8 de julio de 1999, Exp. Nº 24-99 (ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 523).

[286] Ejecutoria suprema de 20 de diciembre de 1994, Exp. Nº 440-94-B. Lima. En una línea contraria, y equivocada, se pronunció la Corte Superior del Cono Norte de Lima en la Ejecutoria de 18 de diciembre de 1998, Exp. Nº 97-352-SP01, al decir que la "existencia de un nuevo elemento de juicio que modifique los indicios de responsabilidad del procesado, preservándose con fuerza su presunción de inocencia, hace válida la utilización del instituto de la libertad provisional" (ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 521).

[287] Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1994, Exp. Nº 55-94, Ayacucho.

Resulta de primera importancia tener presente que la libertad provisional en nuestro ordenamiento procesal penal se dicta una vez que el auto de prisión preventiva quedó firme; por consiguiente, para que opere la libertad provisional se requiere que las necesidades del *periculum in mora* hayan variado en beneficio del imputado, toda vez que esta institución se funda en una menor intensidad de dicho peligro en comparación con la exigida para la detención o prisión preventiva. La variación se aprecia en función a la actividad de investigación llevada a cabo hasta el momento de la solicitud de libertad provisional.

B. Variación de la penalidad del hecho

Los elementos de convicción actuados luego del auto de prisión deben acreditar que el hecho objeto del proceso, independientemente de su calificación, no merece en el caso concreto, atendiendo los factores de medición de la pena (arts. 45º-46º del Código Penal), una privación de libertad superior a los cuatro años.

Esta primera regla del *periculum in mora*, de orden cuantitativa y que genera una presunción sujeta a ulterior corroboración por la segunda regla vinculada al peligro de fuga o de entorpecimiento, es constatable objetivamente a través de la actividad instructora. El hecho objeto del proceso, desde la perspectiva del *contenido del injusto*, puede variar en sus contornos típicos al punto de merecer una tipificación o calificación jurídico penal diferente, generalmente por una figura penal que importe una sanción menor a la que fue objeto de calificación en el auto de apertura de instrucción, o porque la magnitud del hecho disminuya sensiblemente. Por ejemplo, se pasa de un tipo penal agravado al básico o privilegiado, o se acredita la presencia de factores vinculados al hecho delictuoso que importan atenuantes importantes y que obligan a considerar que la pena inicialmente prevista deba ser reexaminada bajo una prognosis de sanción de menor intensidad (v. gr.: menor monto de la afectación patrimonial denunciada). De igual manera, pueden presentarse modificaciones en el nivel de la *culpabilidad por el hecho* que determinan asimismo una disminución de la pena prevista; v. gr.: minoridad de edad relativa, afectación emocional, móvil altruista, error de prohibición imperfecta, etc. Es obvio que si el pedido de libertad provisional se sustenta en una redefinición de la tipicidad, no puede desestimarse la excarcelación porque el auto apertorio de instrucción aún no ha sido ampliado, lo que es una consecuencia del principio del *favor libertatis*.

Otro supuesto dentro de esta misma regla se traslada a la etapa intermedia y se relaciona con la pretensión penal del Ministerio Público. Se presenta cuando el Fiscal pide una determinada pena y el imputado está sufriendo una detención mayor a las dos terceras partes de la pena solicitada. En este caso, dado que el proceso ingresa a una fase definidamente acusatoria, donde el protagonismo de las partes es mayor, la petición fiscal es central para la respuesta judicial; en consecuencia, se dará por cumplido este requisito, salvo errores evidentes del Fiscal, cuando éste pida una pena concreta y en relación con la carcelería que viene sufriendo el reo resulta que ya transcurrió las dos terceras partes de dicha pena. Se trata, pues, de una regla donde la pretensión penal del fiscal es vinculante para el órgano jurisdiccional.

C. Variación del peligro de fuga o de entorpecimiento

El peligro de fuga o de entorpecimiento, como se sabe, es la regla más importante y que, a su vez, fundamenta la legitimidad de la detención judicial pues evita que se transforme en pena anticipada. En el curso del procedimiento es posible que varíen sustancialmente las circunstancias que rodean al caso y al imputado, que permitan concluir que si está en libertad no abusará de ella para huir o incumplir las obligaciones que se le impongan. Es factible que luego del mandato de detención se establezca el arraigo del imputado en el país o localidad, que al inicio no era claro; igualmente cabe colegir fundadamente que el imputado, por su carácter y moralidad, acreditadas con nuevos elementos de convicción, no huirá si obtiene libertad provisional. Asimismo, es razonable considerar –sobre la base de nuevos elementos de convicción– que el peligro sobre la actividad probatoria ha disminuido o que, según el avance del procedimiento, tal riesgo ya no va a ser posible, por lo que, no subsistiendo los motivos que en su día determinaron la detención, no cabe otra cosa en respeto del principio de proporcionalidad estricta que acordar su libertad provisional.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular. Así nos dice que si se determina que el procesado tiene domicilio conocido, carece de antecedentes policiales y no tiene requisitoria pendiente en su contra, ello permite estimar que no eludirá la acción de la justicia [288].

[288] Ejecutoria suprema, Exp. Nº 55-9, Ayacucho, de 22 de abril de 1994 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 335-337).

Es de entender, asimismo, que a medida que avanza el proceso y demore excesivamente, infringiendo los plazos procesales en perjuicio del imputado, atento a las consecuencias procesales de una dilación procesal, es perfectamente posible que pueda acordarse la libertad provisional, dado que en estos casos por lo general los riesgos para el proceso disminuyen ostensiblemente. Por lo demás, de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sancionada en los Asuntos "Neumeister", "Matznetter", "Tomasi" y "W", la intensidad del juicio de ponderación en estos casos es diferente según el momento procesal en que se deba evaluar la libertad provisional, ya que la ponderación de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga *"puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida de prisión, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses"* [289].

Sobre la lógica o relación de jerarquía entre las dos reglas constitutivas del *periculum in mora*, es de precisar que la posición dominante o el criterio rector para acordar la excarcelación siempre están en función a la regla vinculada al peligro de fuga o de entorpecimiento. La primera regla (prognosis de sanción privativa de la libertad) no hace sino incorporar una pauta objetiva de proporcionalidad estricta, cuya disminución obliga a dictar la libertad provisional sin atender a la segunda regla, pues la ley considera presuntivamente que si la penalidad no es grave no cabe riesgo mayor para el proceso derivada de la actitud del imputado. Empero, como la segunda regla es la que, en rigor, legitima toda restricción de la libertad personal, si ella varía al punto de descartar o desvanecer consistente o considerablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento, aun cuando la primera regla –de la pena probable– no se enerve, es posible la libertad provisional. Es de recordar, como tiene puntualizado ASENCIO MELLADO, que la gravedad de la pena no basta por sí sola para probar el peligro de fuga, sino que debe conjugarse con toda una serie de circunstancias que coinciden con las arriba expresadas [290].

---

[289] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de España Nº 62/1996, de 21 de mayo de 1996.

[290] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 105.

3. OBLIGACIONES ACCESORIAS

Las obligaciones accesorias derivadas de la procedencia de la libertad provisional son de dos órdenes: la *primera*, anterior a la excarcelación y requisito para que proceda, como es la caución; y, la *segunda*, la imposición de reglas de conducta, que garanticen la presencia del imputado en el curso del procedimiento. Así lo tienen establecidos los arts. 182º.3 y 186º del Código de 1991. Las cauciones y las reglas de conducta son las que restringen procesalmente la libertad provisional obtenida, cuya inobservancia producirá, en el primer caso, la no excarcelación y, en el segundo caso, la revocatoria de la libertad provisional y consiguiente recaptura.

A. La caución

Señala CLARIÁ OLMEDO que la excarcelación debe ser concedida bajo determinadas seguridades garantizadoras del cumplimiento de las condiciones impuestas en el auto de soltura, las que serán aceptadas o satisfechas antes de su ejecución [291].

Se entiende por caución el compromiso patrimonial del imputado en orden al cumplimiento o reforzamiento del cumplimiento de las obligaciones de comparecencia que se le imponen al ser excarcelado. TOMÉ PAULE la define como la garantía que el procesado o inculpado ha de prestar y que se destina a responder de la comparecencia del mismo cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa [292].

El Código de 1991 reconoce, en primer lugar, la caución dineraria y la caución real, y, en segundo lugar, la fianza personal para el insolvente. El art. 206º del Proyecto de 1995 introduce la caución juratoria.

Corresponde al Juez, en todos los casos, fijar el monto de la caución, pues ello permitirá medir el nivel del compromiso patrimonial del imputado o de un tercero en caso se constituya en fiador. La *caución dineraria* (personal, la denomina el Proyecto de 1995), se cumple cuando el imputado deposita la cantidad fijada en la resolución en el Banco de la Nación. La *caución real* se cumple cuando el imputado constituye

---

[291] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 338.

[292] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 275.

una garantía patrimonial suficiente que cubra el monto fijado en la resolución judicial, tales como hipotecas, depósitos de efectos públicos u otros valores cotizables.

La *fianza personal* se constituye cuando el imputado no tiene, en el momento del auto de soltura, solvencia económica suficiente para cubrir el monto de la caución. A tal efecto, un tercero se constituye en fiador personal del imputado y se exige que la fianza conste por escrito y que el fiador sea persona mayor de edad, de responsabilidad y arraigo, esto es, que posea una solvencia económica suficiente para responder al monto de la caución fijada, acreditada en la causa por la propiedad de bienes u otras fuentes de ingresos, y que esté domiciliado en el lugar del proceso en que, en su caso, deba hacerse efectiva la caución (arts. 1868º, 1871º y 1876º del Código Civil).

La *caución juratoria*, que reemplaza a la garantía patrimonial y que recién se ha incluido en el Proyecto de Código de 1995, consiste –como anota VÉLEZ MARICONDE– en una promesa jurada que hace el imputado de que cumplirá las obligaciones que se le impongan y presupone que el imputado por su estado de pobreza no puede depositar caución u ofrecer fianza personal y que no hay motivos para presumir que el procesado no cumplirá las obligaciones que le correspondan [293].

El Código de 1991 no fija los parámetros necesarios para fijar la caución, lo que sí hace el art. 208º del Proyecto de 1995, de conformidad con el derecho comparado. Es uniforme exigir que la calidad y cantidad de la caución se determina teniendo en consideración tres parámetros: **a)** la naturaleza del delito y la gravedad del daño ocasionado; **b)** el estado social y los antecedentes del imputado; y, **c)** todas las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad.

La primera regla se justifica, ya que de la gravedad del injusto dependerá el mayor o menor interés del imputado en eludir el procesamiento y la pena que pudiera corresponderla. También es lógica la segunda regla, dado que el estado social y los antecedentes del procesado ejercen decisiva influencia en lo que respecta a la posibilidad de que el encausado se someta a la acción de la justicia al ser liberado bajo cau-

[293] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 526-527.

ción. El conjunto de circunstancias que puedan influir en el riesgo de fuga del reo deben analizarse en función, asimismo, a la posición económica o medio de vida del procesado, para no exigir una caución de imposible realización, haciendo ilusoria la excarcelación, pues el imponer al imputado que carece de fortuna y tiene escasos recursos una caución cuantiosa importa tanto como negarle la libertad por la imposibilidad de cumplir la obligación requerida como condición para disfrutar de ella [294]. Es de tener en cuenta que no puede tomarse como referencia absoluta o mecánica el valor de la responsabilidad civil *ex delicto*, pues para su aseguramiento existe la medida cautelar real de embargo, consecuentemente debe incidir como criterio rector para fijar la cuantía de la caución el aseguramiento de la comparecencia del imputado para que se haga efectiva la aplicación de la ley penal.

B. Las reglas de conducta

El art. 186º del Código obliga al juez a fijar reglas de conducta que garanticen el deber del imputado de someterse a los mandatos judiciales y a la imposición de la pena en caso se le condene. Estas condiciones, señala Carlos CREUS, están fundamentalmente destinadas a ejercer el necesario control de la persona del imputado respecto del proceso, pero no exentas de la finalidad de restarle oportunidades para recaer en el delito [295]. Lo expuesto significa que el imputado que obtiene libertad provisional goza de la totalidad de sus derechos, con excepción de las restricciones que se le imponen por las necesidades del proceso penal.

Constituye una pauta generalmente aceptada imponer como reglas de conducta alguna de las alternativas fijadas en el art. 143º del Código de 1991, esto es: **a)** sometimiento del imputado a una vigilancia de una persona o institución, **b)** no ausentarse de la localidad o no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen, y **c)** no comunicarse con determinadas personas. Estas reglas, en rigor alternativas a la detención, son plenamente razonables y cuidan que el imputado incumpla el deber de concurrencia que es propio de todo procesamiento. De igual manera, tales reglas son similares a las impuestas para el caso de condena condicional (art. 58º del Código Pe-

[294] CHICHIZOLA: *La excarcelación*, cit., pp. 109-110.

[295] CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 336.

nal), tales como prohibición de frecuentar determinados lugares y de ausentarse del lugar de residencia, así como la obligación de comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades.

Si el imputado infringe las reglas de conducta se revocará la libertad provisional y se ordenará su recaptura. Se entiende que la revocatoria también opera cuando el procesado no concurre, sin justificación suficiente, a las citaciones judiciales. El art. 213º del Proyecto de 1995 incorpora como causal de revocatoria que el imputado realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte mandato de detención en su contra.

El incumplimiento de las reglas de conducta trae consigo, asimismo, la pérdida de la caución y, en su caso, la ejecución de la caución real y de la fianza personal, que se hará ejecutivamente bajo las pautas establecidas por la legislación civil (art. 187º). Una vez ejecutada la caución dineraria o real y, en su caso, la fianza, los montos obtenidos pasarán a un fondo de tecnificación de la administración justicia. Por otro lado, si el imputado ha cumplido con las reglas de conducta y es absuelto o sobreseído le será devuelta la caución o dejada sin efecto la fianza y caución real (art. 188º).

4. Procedimiento

En cuanto al procedimiento de la libertad provisional, es del caso anotar lo siguiente:

A. Oportunidad

La libertad provisional puede ser pedida por el imputado o por su defensor desde el momento en que es detenido y ha rendido instructiva hasta el momento en que se resuelva su situación jurídica definitivamente [296]. El art. 182º hace referencia al procesado, lo que no excluye al defensor, en cuanto es su representante técnico, ni a su familia si éste se haya imposibilitado de solicitarle. Rige, por tanto, la regla del *favor libertatis* que excluye la interpretación formalista y restrictiva de dicha norma. Las reglas del Código de 1991 no permiten la excarcelación de

[296] CHICHIZOLA: *La excarcelación*, cit., p. 137.

oficio (arts. 55º.4 y 182º), lo que sí era posible en el Código anterior tras su modificatoria por el Decreto Ley Nº 21895.

El Código de 1991 no ha reproducido lo dispuesto por el art. 106º del Código de 1940, que autorizaba la libertad provisional mientras no se haya iniciado el juicio oral, tal como lo recordó la Corte Suprema en la Ejecutoria suprema de 8 de agosto de 1988 [297].

B. Competencia

El Juez competente para resolver sobre la libertad provisional del imputado es el juez que interviene en el proceso, en rigor el órgano jurisdiccional que tiene competencia sobre el asunto principal. Esto último es consecuencia de lo anterior, es decir, de que la excarcelación puede ser acordada en todo estado del proceso; por tanto, puede presentarse ante el Juzgado Penal como ante la Sala Penal Superior. No cabe el argumento de que si la Sala Penal Superior resuelve directamente (siempre, claro está, que la causa se encuentre en su poder en las fases intermedia y de enjuiciamiento) se impediría hacer efectivo el doble grado de jurisdicción (el Tribunal Supremo no conoce de autos de libertad provisional), puesto que en este caso se está cumpliendo con un principio de favorabilidad que puede importar la excarcelación de un imputado indebidamente detenido.

C. Trámite

Todas las diligencias de libertad provisional deben sustanciarse en cuaderno aparte, sin interrumpir el curso del principal. El art. 184º estatuye que presentada la solicitud de libertad provisional, el Fiscal formará el incidente en el término de un día (modificación de la Ley Nº 25371) y lo remitirá al juez, con conocimiento de los demás sujetos procesales. Esta norma, ya vigente, presenta una incoherencia con el hecho de que subsistiendo la figura del Juez Instructor es dicho órgano jurisdiccional quien tiene el expediente, por lo que es del caso sostener que dicha norma es inaplicable mientras sea el Juez quien tiene el control de los actuados, por lo que es ante el Juez que debe presentarse la solicitud de libertad provisional.

[297] Exp. Nº 462-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 271-272).

El cuaderno de libertad provisional, apunta Iván NOGUERA RAMOS, comprende la copia certificada del auto de detención, de la solicitud del imputado, los antecedentes judiciales y penales del imputado, así como también la información del domicilio y profesión u ocupación del imputado [298]. Obviamente, deben agregarse las copias pertinentes de los actuados judiciales que den cuenta de los cargos imputados y todas aquellas pruebas o actos de investigación que se relacionen con el *periculum in mora*, cuya mérito es precisamente el objeto de discusión. El Fiscal debe emitir el dictamen correspondiente pronunciándose por la procedencia o improcedencia de la libertad provisional. El Juez, a su vez y por imperio del principio de bilateralidad, una vez que pone el dictamen fiscal en conocimiento de las partes el tenor del dictamen fiscal, debe resolver en el término de un día, decisión que se notificará a las partes y se comunicará al Fiscal Provincial.

El auto de libertad provisional o de soltura, como se sabe, debe estar debidamente motivado por imperio del art. 139º.5 de la Ley Fundamental. En caso acuerde la libertad provisional, necesariamente debe fijar el monto de la caución y establecer las reglas de conducta a que estará sometido el imputado.

D. Recursos

Contra el auto que se pronuncia sobre la libertad provisional procede recurso de apelación (en tanto es emitido por el Juez Penal). Si se trata de un auto de soltura, la apelación no impide la excarcelación (art. 186º), lo que significa que la apelación solamente tiene efecto devolutivo y ratifica lo dispuesto en el art. 336º de dicho Código. El término para apelar es de dos días.

Si se ha denegado la libertad provisional, puede insistirse en ella mediante otro pedido, siempre y cuando la situación jurídica del imputado haya variado. Ello es consecuencia de la regla del *rebus sic stantibus*, en cuya virtud la detención debe modificarse o dejarse sin efecto si los motivos varían o desaparecen a lo largo de la causa [299]. En estos casos no cabe recurso de nulidad [300].

---

[298] NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, cit., p. 219.

[299] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 48.

[300] Ejecutoria suprema de 8 de julio de 1976, Exp. Nº 605-76, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 465).

III. LA LIBERTAD VIGILADA

Los arts. 366º al 368º del Código de 1940 instituyeron un procedimiento auxiliar denominado "*Audiencias Públicas Extraordinarias*", el cual debía realizarse al finalizar los meses de julio y diciembre de cada año, a fin de examinar las causas con reo en cárcel, escuchar las quejas que presenten los defensores y personeros de los imputados y disponer *la libertad vigilada* de los acusados que lo merezcan. Esas disposiciones, a su vez, fueron reglamentadas por la Circular de la Corte Suprema de fecha 5 de noviembre de 1971, que complementó la Circular de 11 de junio de 1941.

Este procedimiento fue modificado por el Decreto Ley Nº 25476, de 6 de mayo de 1992, que impuso su desarrollo trimestral, "a fin de garantizar que los procesos penales se tramiten en los plazos fijados por la ley y el derecho de toda persona procesada a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad" (art. 2º).

La libertad bajo vigilancia, que se otorga en el marco de este nuevo procedimiento auxiliar, opera de oficio –lo que no obsta el pedido de parte en el acto de la audiencia pública– para aquellos acusados que hayan sufrido un tiempo de detención que fuere superior a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Ministerio Público en su acusación, sin perjuicio de su inmediato juzgamiento. La norma primigenia disponía que el tiempo de detención debía ser igual o mayor que la pena pedida por el fiscal (art. 367º.3).

El art. 397º.3 del Código de 1991 estableció dos limitaciones a esta regla. La primera limitación consiste en que la excarcelación podía evitarse si es que el órgano jurisdiccional fija de inmediato la fecha más próxima para la realización de la audiencia. La segunda estriba en que no cabe libertad bajo vigilancia en los delitos en que la ley no permite el beneficio penitenciario de liberación condicional: se trata, con arreglo al art. 53º del Código de Ejecución Penal, de los delitos de tráfico de drogas –salvo delitos menores de esa modalidad delictiva– y terrorismo. El Decreto Ley Nº 25476 sólo prohibió la libertad vigilada en los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas. Posteriormente, han venido a integrar la lista de los denominados *delitos inexcarcelables* el secuestro y el robo de ganado agravados (Ley Nº 26630, de 21 de junio de 1996), así como los delitos de terrorismo agravado (Decreto Legislativo Nº 895, de 23 de mayo de 1998, actualmente derogado por la Ley Nº 27569, de 2 de

diciembre de 2001) y de asesinato, secuestro, violación de menor de edad, robo simple, robo agravado y extorsión (Decreto Legislativo Nº 896, de 24 de mayo de 1998, derogado por la Ley Nº 27472, de 5 de junio de 2001).

Como fluye de su texto, esta libertad se sustenta en los principios de interdicción de las dilaciones indebidas y de proporcionalidad estricta. El eje de esta institución es la acusación fiscal, en rigor la pena que solicita como pretensión penal. Sobre esa base, en función a la carcelería sufrida, el órgano jurisdiccional evalúa si el imputado ha cumplido el término que fija la ley. En tanto se trata de una excarcelación que tiene finalidad cautelar, como apunta GARCÍA RADA, el procesado queda obligado a no abandonar el lugar de su residencia y a vivir en el domicilio señalado, así como a concurrir a la audiencia todas las veces que fuere citado, cuyo incumplimiento puede determinar la cancelación de la libertad [301]. El Juez o Tribunal está obligado a fijar reglas de conducta, similares a las dispuestas para el caso de libertad provisional, y a revocar la libertad si las incumple.

IV. LA LIBERTAD POR EXCESO DEL PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA

Dos son los supuestos que teniendo en cuenta exclusivamente el tiempo de la prisión preventiva permiten la excarcelación del imputado. El primer supuesto constituye una regla de carácter general que recoge el principio de temporalidad de la prisión preventiva, regulado en el vigente art. 137º del Código de 1991, modificado sucesivamente por el Decreto Ley Nº 25824, de 9 de noviembre de 1992 y por la Ley Nº 27553, de 13 de noviembre de 2001. El segundo supuesto incorpora un límite específico a la prisión preventiva cuando existe sentencia de primer grado que ha sido impugnada, el mismo que se encuentra estatuido en el art. 2º de la Ley Nº 24063 (norma vigente) y en art. 335º del Código de 1991.

Ya se ha estudiado detenidamente la delimitación temporal de la prisión preventiva cuando se analizó dicha medida, resta ahora dar cuenta de la libertad durante el procedimiento recursal.

---

[301] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 362.

El art. 2º de la Ley Nº 24063 estatuye que si se ha sobrepasado el tiempo de la pena solicitada por el Ministerio Público o la impuesta por la sentencia (cualquiera de las dos), si ésta estuviera pendiente del recurso de apelación o nulidad, sin perjuicio que éstos sean resueltos, serán puestos en libertad inmediata, con excepción de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. En tanto se trata de una regla construida sobre la base del principio de *proporcionalidad estricta* y radicada en supuestos objetivos –pena solicitada o pena impuesta– lo único que cabe al órgano jurisdiccional es constatar el transcurso del tiempo y, en su caso, disponer la inmediata libertad, la cual por lo demás, debe estar sujeta al cumplimiento de reglas de conducta que aseguren su presencia en las diligencias judiciales (art. 137º, primer párrafo). Contra esta modalidad de libertad, señala el Tribunal Supremo, no procede recurso impugnatorio alguno [302].

El art. 335º del Código de 1991 recoge la misma institución procesal, pero la limita al supuesto de pena impuesta, descartando el supuesto de pena solicitada por el Fiscal. Dicha norma expresamente contempla la imposición para el liberado de medidas que aseguren su presencia, siendo aplicables en lo pertinente las restricciones contempladas en el art. 143º.

V. LA LIBERTAD INCONDICIONAL

El Código de 1940 contemplaba dos instituciones relativas a la excarcelación, en cuanto medida provisional menos intensa, que operaban cuando desaparece el presupuesto del *fumus boni iuris* o atribución razonada del hecho punible que en su momento sustentó el mandamiento de detención o encarcelamiento preventivo. Se trata de la libertad con los informes finales, ya derogada por la Ley Nº 27994, de 6 de junio de 2003, y de la libertad incondicional propiamente dicha.

La *libertad incondicional*, prevista en el art. 201 CPP 1940, modificada por la Ley Nº 20388, de 6 de diciembre de 1985, opera en cualquier estado de la instrucción, es decir, antes que el Juez considere concluido el procedimiento de investigación y remita los autos al Fiscal Provincial para su dictamen final (art. 197º). Se otorga de oficio o a pedido de

[302] Ejecutoria suprema de 21 de noviembre de 1985, Exp. Nº 2265-85, Ayacucho.

parte. La jurisprudencia ha establecido que la libertad incondicional sólo puede ser solicitada durante la investigación y ante el Juez Instructor [303]. El presupuesto de esta libertad es que el imputado se encuentre en cárcel sujeto a un mandato de detención [304].

La libertad incondicional procede cuando "...se demuestra plenamente la inculpabilidad del encausado", esto es, cuando se logra reunir prueba positiva de descargo que descarte fehacientemente la imputación. Por consiguiente, no procede (1) si no están desvirtuados los cargos que se imputan a los inculpados, y, en tal virtud, resulta necesario que el Juez Instructor continúe con las investigaciones del caso para reunir la prueba de la realización del delito [305]; (2) cuando existen cargos concretos de responsabilidad que aún no se han desvirtuado totalmente [306]; y, (3) cuando existen indicios razonables que presumen la culpabilidad del imputado [307].

Si bien se dictó mandato de detención por considerarse, al inicio del procedimiento, que existían elementos de convicción suficiente para estimar acreditada *prima facie* la realidad del delito imputado y la vinculación del imputado con dicha infracción penal, si en el curso de la instrucción se logran reunir elementos de convicción de descargo con entidad suficiente para destruir el juicio preliminar de imputación y estimar que el imputado no puede ser pasible de una sanción penal, resulta imperativo ordenar su libertad incondicional. Así lo ha estipulado la Corte Suprema en la Ejecutoria suprema de 10 de abril de 1990 [308] y en la de 24 de febrero de 1993 [309]. Por el contrario, no cabe esta excarcela-

---

[303] Ejecutoria superior de 17 de noviembre de 1985, 14º Sala Penal Superior de Lima, Exp. Nº 363-86.

[304] Ejecutoria superior de 30 de diciembre de 1988, 9º Sala Penal Superior de Lima, Exp. Nº 103-88.

[305] Ejecutoria suprema de 29 de enero de 1990, Exp. Nº 276-89, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 149-150).

[306] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1992, Exp. Nº 174-91, Lima (*Normas Legales*, T. 237, febrero, Trujillo, 1996, p. J25).

[307] Ejecutoria suprema de 25 de mayo de 1990, Exp. Nº 91-90, Lima (*Normas Legales*, T. 205, junio, Trujillo, 1993, pp. 484-485).

[308] Exp. Nº 954-89, Lima.

[309] Exp. Nº 1870-91, Cusco (*Normas Legales*, T. 238, marzo, Trujillo, 1996, pp. J29-J30).

ción invocando como fundamento, sin prueba adicional, el solo mérito de las declaraciones instructivas de los acusados [310].

Esta libertad, siempre provisoria en atención a que el imputado queda indefectiblemente sujeto al proceso y a las decisiones que posteriormente se expidan en la causa, si bien tiene su fundamento en que el imputado resulta siendo inocente de los cargos que se le imputan, cuyo ejemplo más notorio es el de la ajenidad y la no acreditación del hecho objeto del proceso penal, también puede sustentarse en razones mixtas con incidencia material, tales como la acreditación de una causa que niega la imputación objetiva del resultado, de un error de tipo, de una justificación penal o de una causal de exclusión de culpabilidad (error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado, estado de necesidad disculpante o miedo insuperable).

La inocencia o la presencia de razones materiales que impiden la sanción penal deben encontrarse positivamente establecidas. La duda, en este momento del proceso, no puede servir para dictar libertad, puesto que la excarcelación se basa en un supuesto de certeza negativa: convicción absoluta del juez de que el reo es ajeno al hecho delictivo, de que el delito no se ha producido o de que no se ha probado el elemento que lo hace penalmente relevante. Al respecto, la Corte Suprema ha precisado que la duda sólo puede favorecer a quien ha sido debidamente examinado en audiencia pública en donde ya no existen pruebas que actuar, resultando inaplicable invocarla al resolver un pedido de libertad incondicional [311].

El Juez, una vez que acuerde la libertad incondicional, debe excarcelar inmediatamente al imputado, pero la resolución la elevará en consulta al superior tribunal, formando el cuaderno respectivo [312]. La decisión, dictada de oficio o a pedido de parte, se resuelve sin trámite bilateral alguno. Si el Tribunal aprueba dicho auto culminará la incidencia y

---

[310] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1993, Exp. Nº 229-92-B, Cusco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 358).

[311] Ejecutoria suprema de 16 de abril de 1990, Exp. Nº 340-90, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 153).

[312] Ejecutoria suprema de 2 de marzo de 1988, Exp. Nº 829-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 233-234).

devolverá el cuaderno al Juzgado Penal, pero si lo desaprueba porque considera que no se dan los supuestos que hacen viable la libertad incondicional, ordenará la recaptura del indebidamente liberado, sin perjuicio de imponer las sanciones correspondientes o disponer las acciones que correspondan si la libertad ha sido maliciosa.

El Código de 1940 fija un trámite y efectos diferentes si la libertad recae en un proceso simple seguido contra un solo imputado. En este caso, ya no se trata de una excarcelación cautelar, sino de un supuesto especial de sobreseimiento anticipado, en cuya virtud la causa se archiva definitivamente. Así lo ha reiterado el supremo Tribunal en diversas ejecutorias supremas; entre ellas tenemos las de 2 de marzo de 1988 [313]; de 24 de mayo de 1988 [314]; de 24 de abril de 1991 [315]; de 7 de julio de 1989 [316]. El supremo Tribunal otorga el mismo trámite y efectos procesales: archivo definitivo de la causa, cuando se dicta libertad incondicional a todos los encausados en cárcel, sin que existan otros en libertad [317]. En otra decisión, el alto Tribunal señaló que si se trata de un solo imputado, se eleva el principal, mientras que si existen otros procesales se envía al Superior copias de lo actuado, dado que el principal en este último caso no puede paralizarse [318].

El tratamiento diferencial de la legislación vigente ha sido explicado por la Corte Suprema, de la siguiente manera: "...el citado archivamiento [para procedimientos simples] no es procedente cuando se elevan copias [vista la pluralidad de imputados], por cuando siendo varios encausados y debiendo continuar la causa en trámite puede conocerse otras pruebas que demuestran la culpabilidad del encausado beneficiado con la libertad..." [319]. En una decisión anterior, en un voto

---

[313] Exp. Nº 829-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 233-234).

[314] Exp. Nº 531-88, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 255-256).

[315] Exp. Nº 751-90, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 347-348).

[316] Exp.Nº 1129-88, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 227-228).

[317] Ejecutoria suprema de 5 de junio de 1992, Exp. Nº 1384-90-B, San Martín (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 355).

[318] Ejecutoria suprema de 15 de octubre de 1991, Exp. Nº 828-91-II SP, Cajamarca (*Jurisprudencia Penal. 1984-1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 169-170).

[319] Ejecutoria suprema de 31 de enero de 1992, Exp. Nº 531-88, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 356-357).

singular se cuestionó este parecer, bajo el siguiente argumento: "...como se tiene la absoluta convicción de su irresponsabilidad, esta solución de justicia no pierde validez por el hecho de que el encausado está comprendido en el proceso conjuntamente con otros, cuya situación jurídica puede ser distinta..." [320].

El art. 189º del Código de 1991, en cambio, al tratar la libertad incondicional, la concibe como un supuesto de sobreseimiento anticipado, sin que a ello obste que la causa sea simple o compleja. Esta opción, sin duda alguna, es más razonable, puesto que si la libertad se dicta mediando prueba positiva de descargo que provoca certeza negativa en el juzgador, no hay razón para que no se sobresea el proceso, siendo irrazonable por lo demás diferenciar los efectos de la medida y la propia institución según se trata de un proceso complejo o de uno simple.

La diferencia que impone el nuevo Código, está radicada no sólo en que esta institución ya no configura un supuesto de excarcelación cautelar sino en el hecho de que su trámite exige vista fiscal y no impone la consulta, limitando a admitir expresamente el recurso de apelación.

VI. LOS DELITOS INEXCARCELABLES

La legislación procesal progresivamente ha ido incorporando la figura de los denominados inexcarcelables, en los que las diferentes formas de excarcelación se prohíben automáticamente, por el solo hecho de tratarse de los delitos en cuestión. Así tenemos, por ejemplo, que el art. 2º de la Ley Nº 26630, de 21 de junio de 1996, y el art. 8º de la Ley Nº 26830, denominada "Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en Espectáculos Deportivos", que incluyen los delitos de secuestro, robo de ganado, y los cometidos con ocasión de espectáculos deportivos prohíben la libertad provisional. Asimismo, el art. 4º de la Ley Nº 27507, prohíbe el indulto y los beneficios penitenciarios de semi-libertad y libertad provisional a los procesados por delitos contra la libertad sexual de menores. Lo propio hacían los Decretos Legislativos sobre Seguridad Nacio-

[320] Voto Singular del Sr. Vocal Dr. Valladares Ayarza. Ejecutoria suprema de 31 de agosto de 1988, Exp. Nº 1061-87-ISP, Ancash (*Jurisprudencia Penal. 1984-1992*, cit., pp. 170-172).

nal dictados al amparo de la Ley de Facultades Delegadas Nº 26950, de 19 de mayo de 1998, así como la legislación de emergencia antiterrorista.

Esta legislación, sin duda alguna, colida con la Constitución y los principios que informan la limitación de la libertad personal. La detención o encarcelamiento preventivo se legitima, como hemos sostenido enfáticamente, sobre la base del "peligrosismo procesal" y, en esencia, sobre la regla del peligro de fuga y, en muy menor medida, por el peligro de oscurecimiento o entorpecimiento de la actividad probatoria. La naturaleza, el carácter o la gravedad de la infracción penal imputada no justifican por sí misma la limitación de la libertad personal.

Considerar, como lo hace la ley, que en función a determinados delitos debe encarcelarse a las personas y prohibirse su libertad durante el procedimiento penal, implica –en *primer lugar*– invadir esferas propias del Poder Judicial a quien le corresponde definir los hechos en función a las pruebas y aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes; en *segundo lugar*, considerar que toda imputación por sí está escoltada de pruebas contundentes y que su autor es peligroso para el proceso, lo que no resiste el menor análisis; y, en *tercer lugar*, desconocer, pese a lo sostenido por la doctrina universal, que la gravedad del delito no es suficiente para dictar una detención o prohibir *per se* una excarcelación, pues a ello debe estar unido necesariamente criterios de *peligrosismo procesal* comúnmente aceptados y que el juez, caso por caso, debe evaluar. Tales medidas legislativas no sólo vulneran el principio de separación de poder y limitan irrazonablemente el derecho fundamental a la libertad, sino que adicionalmente desnaturalizan el principio constitucional de proporcionalidad, tal como lo hemos definido en su momento.

Parte IX

LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

CAPÍTULO XL
PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS

SUMARIO: **I.** Consideraciones generales. **II.** El procedimiento común-ordinario: 1. Ámbito de aplicación. 2. Características generales. 3. El Código de 1991. **III.** El procedimiento sumario o abreviado: 1. Ámbito de aplicación. 2. Características generales. 3. El Código de 1991. **IV.** El procedimiento por faltas: 1. Ámbito de aplicación. 2. Notas características.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En atención a la naturaleza de la infracción penal, la legislación procesal divide los procedimientos, desde una perspectiva general, en: **a)** procedimiento común, destinado a los delitos graves; **b)** procedimiento sumario o abreviado, para los delitos menos graves; y, **c)** procedimiento por faltas, circunscrito a las faltas. El primero y el último se encuentran regulados en el Código de 1940, mientras que el segundo, el sumario o abreviado, fue incorporado posteriormente por el Decreto Ley Nº 17110 y, luego, por el Decreto Legislativo Nº 124, modificado por la Ley Nº 26689.

El Código de 1991 reconoce estos tres procedimientos ordinarios, aunque adopta una denominación distinta. Para los delitos menos graves, está el procedimiento ordinario; para los delitos graves (Libros II y III), el procedimiento especial por razón de delito (Libro V, Título I); y, para las faltas, el procedimiento por faltas (Libro V, Título IV).

La clasificación adoptada, como explica MONTÓN REDONDO [1], está prevista, en principio, para todo tipo de hechos punibles, de ahí su ca-

---

[1] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. III (*Proceso penal*), p. 479.

lificación de *ordinarios*, y se determinan atendiendo a su naturaleza. Sin embargo, también existen *especialidades procedimentales* y *procedimientos especiales*.

Los *procedimientos con especialidades procedimentales* están estructurados sobre la base del procedimiento común, al que se le introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculadas esencialmente a la competencia del órgano jurisdiccional, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas de derechos, al derecho probatorio y a la incorporación de determinadas instituciones procesales, considerándose como factores principales que justifican su incorporación: la condición de la persona a enjuiciar y el tipo de delito. Los *procedimientos especiales*, en cambio, están previstos para delitos muy concretos o circunstancias específicas de especial relevancia procesal, configurándose modelos de procedimiento muy propios, por entero alejados del modelo ordinario.

Los procedimientos especiales con especialidades procedimentales que reconoce nuestro ordenamiento procesal vigente son seis: **a)** procedimiento contra altos dignatarios (Ley Nº 26231, art. 10º CPP 1940 y art. 34º.4 TUO de la LOPJ); **b)** procedimiento contra magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (art. 41º TUO de la LOPJ y Tercera Disposición Final de la Ley Nº 26623); **c)** procedimiento contra reos ausentes (Libro IV, Título III, CPP 1940); **d)** procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas (Decretos Leyes Nºs 22095 y 22926, y Decretos Legislativos Nº 122 y 824); **e)** procedimiento por delitos fiscales, en sus dos modalidades: aduanero (Ley Nº 28008) y tributario (Decreto Legislativo Nº 813); y, **f)** procedimiento por delito de terrorismo (Decreto Ley Nº 25475 y Decreto Legislativo Nº 922). Si bien los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales presentan ciertas estipulaciones normativas específicas, al igual que los delitos asociados a la violencia familiar, su alcance no autorizaría a instituir sistemáticamente dos nuevos procedimientos con especialidades procedimentales.

El Código de 1991 sólo reconoce dos procedimientos con especialidades procedimentales: **a)** procedimiento contra Altos Dignatarios; y, **b)** procedimiento contra magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, agrupados en el Título I del Libro Quinto.

Los *procedimientos especiales* incorporados en el vigente ordenamiento procesal penal son: **a)** procedimiento por delito privado (Libro IV,

Títulos I y II), que incluye la denominada sumaria investigación para delitos contra el honor a través de medios de comunicación social (Decreto Ley Nº 22633, art. 2º); **b)** procedimiento por colaboración eficaz, destinado a delitos tributarios, de tráfico de drogas y delitos especialmente graves en el marco de organizaciones delictivas, incluyendo el delito de terrorismo (*vid.* Decretos Legislativos Nºs 815, 824 y 925, y Ley Nº 27378); y, **c)** el procedimiento de terminación anticipada, para los delitos menos graves de tráfico ilícito de drogas y delitos aduaneros (Leyes Nº 26320 y 28008).

En puridad, el procedimiento de audiencia pública extraordinaria (Libro IV, Título XI CPP 1940) no es un procedimiento especial sino un procedimiento auxiliar, al igual que el procedimiento de homonimia (Ley Nº 27411), el de extradición (Ley Nº 24710 y Decreto Supremo Nº 004-93-JUS), y demás procedimientos derivados de la Cooperación Judicial Internacional. Ello es así, afirma HERCE QUEMADA, en tanto que falta en esos casos una pretensión punitiva encaminada a la imposición de una pena en virtud de la comisión de un hecho punible, sino de medidas, que pueden integrar un concreto procedimiento, obtener la presencia del imputado, realizar un acto de investigación o de prueba, etc.[2]

El Código de 1991 sólo prevé un procedimiento especial: el especial por razón de ejercicio privado de la acción penal. La audiencia pública extraordinaria (Libro V, Títulos II y VI) es un mero procedimiento auxiliar en la terminología de CLARIÁ OLMEDO. El Proyecto de 1995, además de los previstos en el párrafo anterior, reconoce el procedimiento por decreto penal de condena (Libro V, Título IV); igualmente, incorpora un conjunto de procedimientos auxiliares vinculados a la cooperación judicial internacional, previstos en el Libro Sexto denominado "Cooperación Judicial Internacional": extradición, asistencia judicial, diligencias en el exterior, traslado de condenados y entrega vigilada. En este último rubro, la legislación vigente tiene incorporada la extradición (Ley Nº 24710 y Decreto Supremo Nº 044–93-JUS) y, a través de tratados multilaterales o bilaterales, las demás instituciones.

Aparte, existen dos *procedimientos penales especiales*, al margen de la jurisdicción ordinaria: **a)** el procedimiento militar, regulado en el Códi-

---

[2] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 327-328.

go de Justicia Militar; y, b) el procedimiento penal contra adolescentes, previsto en el Código del Niño y del Adolescente.

II. EL PROCEDIMIENTO COMÚN-ORDINARIO

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El procedimiento común ordinario es el previsto para los delitos graves. Como se sabe, inicialmente el Código de 1940 contempló un único procedimiento ordinario para toda clase de delitos, destinando el procedimiento por faltas a las faltas o contravenciones, respetando de ese modo el sistema bipartito del Código Penal. Empero, la política de aceleración del procedimiento penal desde el año 1968 optó por la vía de crear un segundo procedimiento para los delitos, más simplificado y radicado en delitos de menor entidad, con lo que en la práctica convirtió nuestro sistema penal en tripartito: delitos graves, delitos menos graves y faltas, cada uno con un procedimiento-tipo [3].

Inicialmente, a través del Decreto Ley Nº 17110, de 8 de noviembre de 1968, el procedimiento común ordinario estaba destinado a todos los delitos salvo siete. Posteriormente, la excepción se fue ampliando, primero, con el Decreto Legislativo Nº 124, de 15 de junio de 1981; luego con la Ley Nº 26147, de 30 de noviembre de 1996; a continuación, con la Ley Nº 26689, de 30 de noviembre de 1996, aclarada por la Ley Nº 26833, de 3 de julio de 1997; y, finalmente, con la Ley Nº 27507, de 13 de julio de 2001, que modificó el art. 1º de la Ley Nº 26689, y a su vez derogó el art. 2º de la Ley Nº 27472, de 5 de junio de 2001.

La Ley Nº 27507 determina taxativamente los delitos sometidos al procedimiento común ordinario. Se trata de seis rubros delictivos: **1.** Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: parricidio y asesinato. **2.** Delitos contra la libertad: violación de la libertad personal: secuestro, violación sexual de menor de catorce años y violación sexual de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave. **3.** Delitos contra el patrimonio: robo agravado. **4.** Delitos contra la salud pública: tráfico ilícito

[3] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 325.

de drogas (arts. 296º, 296º-A, 296º-B y 297º CP)[4]. **5.** Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (todos los previstos en el Título XV del Libro II CP). **6.** Delitos contra la Administración Pública: concusión, peculado y corrupción (Secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Libro II CP).

La Ley Nº 26926, de 21 de febrero de 1998, incorporó un sétimo rubro delictivo: los delitos contra la humanidad, que son los de genocidio, desaparición forzada y tortura. Su artículo 5º estableció que dichos delitos se tramitan en la vía ordinaria (procedimiento común ordinario) y ante la jurisdicción ordinaria.

Llama la atención que la Ley Nº 26689 no habían reconocido expresamente dos delitos gravísimos ya incorporados en nuestra legislación penal: genocidio (art. 129º CP) y desaparición forzada de personas (art. 323º CP y Decreto Ley Nº 25592, de 2 de julio de 1992). Felizmente, es de insistir, la Ley Nº 26926 corrigió tal omisión configurando además un nuevo rubro en el Código Penal: el de "delitos contra la humanidad" (Título XIV–A del Libro Segundo), al que adscribió las dos figuras y agregó la de tortura.

Como quiera que los arts. 1º y 2º de la Ley Nº 26689 sólo se refirieron a los delitos incorporados en el Código Penal, la Ley Nº 26833 tuvo que precisar que los delitos previstos en las leyes especiales "*...continuarán rigiéndose conforme a las reglas que en ellas se establecen*", al igual que los delitos tributarios y aduaneros (arts. 1º y 2º). Empero, tal normatividad no se pronunció sobre los delitos creados por leyes especiales y, por

---

[4] Los tipos penales previstos en los arts. 296º-A y 296º-B fueron derogados y reemplazados por el delito de lavado de activos, estatuido por la Ley Nº 27765, de 27 de junio de 2002. Se trata de un delito no codificado por razón de la *vis atractiva* del procedimiento común ordinario y su trámite se incardina en ese procedimiento. Por otro lado, la Ley Nº 28002, de 17 de junio de 2003, modificó prácticamente toda la Sección II, Tráfico Ilícito de Drogas, del Capítulo III del Título XII del Libro II del CP –sólo dejó a salvo el art. 300º CP–, al punto que creó un nuevo art. 296º-A CP, que en rigor unifica los antiguos tipos penales de los arts. 296º-C y 296º-D, incluyendo como objeto del delito a la marihuana de la especie *cannabis sativa*, que había sido omitido en dichos tipos penales. Ahora bien, dado que el art. 296º-A CP estaba incluido en la Ley Nº 27507 como un delito sujeto al procedimiento común ordinario, y vista su objetiva gravedad, es de rigor estimar que esa figura penal (actual art. 296º-A CP introducida por la Ley Nº 28002) también se sigue bajo ese procedimiento.

tanto, no incorporados en el Código Penal, que no establecieron un procedimiento propio o no precisaron el procedimiento al que estaban sujetos, tales como: **a)** los delitos incorporados en la Ley Orgánica de Elecciones (Ley Nº 26859, de 1º de octubre de 1997, arts. 382º-393º); **b)** los delitos de caza, captura, sustracción o comercialización de vicuña, guanaco y sus híbridos (Ley Nº 26496, de 11 de julio de 1995, arts. 6º y 7º); **c)** los delitos sobre importación, fabricación o comercialización de productos pirotécnicos (Ley Nº 26509, de 21 de julio de 1995, arts. 1º y 2º, y Ley Nº 27718, de 11 de mayo de 2002, art. 6º; y, **d)** los delitos de lavado de activos (Ley Nº 27765, de 27 de junio de 2002).

La salida a esta falta de solución expresa pasa por reconocer dos principios, propios de lo que significa la naturaleza común del procedimiento base de nuestro sistema procesal penal vigente. El primer principio es el de *aplicación supletoria* para los demás procedimientos que debe cumplir este procedimiento, regulado como tal en los Libros II y III del Código de 1940; principio positivizado expresamente respecto de la etapa de instrucción o investigación en el art. 3º del D. Leg. Nº 124. El segundo principio, derivado del anterior, es el de la *vis atractiva* del mismo; al respecto, acota GIMENO SENDRA, en el supuesto de duda en la determinación del procedimiento aplicable o de colisión entre normas del procedimiento común y los demás, han de prevalecer las de éste, dada su *vis atractiva* dimanante de su carácter común [5]. Siendo así, en los tres supuestos típicos arriba mencionados, el procedimiento será el común u ordinario.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El procedimiento común, conforme se ha definido a lo largo de los capítulos anteriores, en su momento declarativo, tiene sus tres etapas bien definidas:

A. La *etapa de instrucción* está a cargo del Juez Penal. En ella se realizan, bajo la dirección del Juez Penal y la colaboración del Fiscal Provincial, el conjunto de actos de investigación y se llevan a cabo lo esencial

[5] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 717.

de las medidas limitativas de derechos; además, se determina la legitimación pasiva a través del auto de apertura de instrucción y se asegura a las personas y cosas vinculadas al delito, así como la responsabilidad económica derivada de la infracción penal.

B. La *etapa intermedia* se lleva a cabo ante el órgano sentenciador, esto es, ante la Sala Penal Superior, que es un órgano jurisdiccional colegiado integrado por tres Vocales Superiores. En ella interviene el Fiscal Superior, como representante del Ministerio Público. Esta etapa está determinada a establecer si existe fundamento suficiente para enjuiciar a una persona y, en su caso, si cabe archivar las actuaciones frente a la ausencia de elementos de convicción acerca de la existencia del delito o de la responsabilidad del imputado. Del auto de sobreseimiento (que declara no haber lugar a juicio oral), conoce en recurso de nulidad la Sala Penal de la Corte Suprema.

C. La *etapa de enjuiciamiento* se realiza, igualmente, ante la Sala Penal Superior. Está destinada a verificar las afirmaciones de las partes mediante la actividad probatoria y, en su virtud, a establecer finalmente si el imputado ha cometido un hecho calificado en la ley penal como delito, correspondiendo en su caso imponer las sanciones penales y reparación civil a que hubiere lugar. De la sentencia o del auto que da por retirada la acusación fiscal conoce en recurso de nulidad la Sala Penal de la Corte Suprema.

En rigor, todo el Código de 1940 se ha construido sobre la base de un único procedimiento común–ordinario, por lo que todo lo expuesto en esta obra ha tenido como marco estructural dicho procedimiento.

3. El Código de 1991

Este Código, para los delitos graves, tiene asignado lo que denomina el "proceso especial por razón de delito", previsto en los arts. 373º-374º. El art. 373º fija el ámbito competencial del procedimiento común, aunque por la estructuración del Código, la calidad de "común" la tiene el procedimiento destinado a los delitos menos graves, quedando este procedimiento radicado bajo una óptica restrictiva en delitos taxativamente enumerados en el citado art. 373º.

En trece incisos se agrupan los delitos objeto de dicho procedimiento. Es de resaltar la doble óptica a la que se adscribe: por un lado, enu-

mera taxativamente los ilícitos "ordinarios"; y, por otro, señala los delitos en función a una determinada pena: no menor de cinco años, en un caso, o de tres años de privación de libertad, en los otros casos. Esta última opción, sin embargo, dificulta la exactitud y objetividad que deben tener las reglas de la competencia penal, pues entre los delitos enumerados bajo esa perspectiva (incs. 11 al 13) existen muchos que tienen conminada una pena inferior en su extremo mínimo a los tres o cinco años, lo que obligaría a introducir un criterio subjetivo o prognosis que puede no ser la adecuada en su momento y crearía sensibles problemas competenciales. Por ello, la opción del Proyecto de 1995 es de mejor factura al atender a la extraordinaria gravedad del injusto penal y definirla objetivamente sobre la penalidad mínima de diez años o más de privación de libertad (art. 420º).

En este procedimiento la etapa de investigación está a cargo del Fiscal Provincial, que es el encargado de conducir dicha etapa (art. V del Título Preliminar), mientras que el control de la misma, la expedición de las resoluciones cautelares e instrumentales restrictivas de derechos y el dictado de las decisiones que se pronuncien sobre la acción penal y la correcta constitución de la relación procesal corresponde al Juez Penal (arts. 4º, 41º, 55º-57º, 114º, 115º y 374º). El Fiscal Provincial concluye la investigación emitiendo un informe dirigido al Fiscal Superior, con conocimiento del Juez Penal (art. 257º). La etapa intermedia es de competencia del Fiscal Superior y de la Sala Penal Superior, al igual que la etapa de enjuiciamiento, bajo el mismo modelo del procedimiento abreviado (arts. 258º y 268º).

III. EL PROCEDIMIENTO SUMARIO O ABREVIADO

1. Ámbito de aplicación

El art. 2º de la Ley Nº 26689 establece un ámbito de competencia deducible negativamente. Están sujetos al procedimiento sumario todos los delitos previstos en el Código Penal que no se encuentran dentro de los taxativamente enumerados en el art. 1º de dicha Ley (modificado por el art. 3º de la Ley Nº 27057). Se entiende que este procedimiento, informado por el principio de aceleramiento, adopta formas procesales simplificadas, en tanto se trata de delitos menos graves; sien-

do así, la Corte Suprema ha declarado que es nulo todo lo actuado cuando se tramita un delito grave bajo el procedimiento sumario [6].

En tanto este procedimiento está destinado al conocimiento de los delitos menos graves, es decir, de la inmensa mayoría de infracciones penales, no se le puede calificar de procedimiento especial; representa el de más general aplicación, abarcando un aproximado de 85% de las causas penales que conocen los órganos jurisdiccionales.

En caso de *concurso procesal de delitos*, reza el art. 1º del Decreto Legislativo Nº 124, el procedimiento estará determinado por el designado para el delito más grave, lo que permite inferir que en la casi totalidad de los casos, cuando se presenta un concurso entre un delito sujeto al procedimiento común–ordinario y otro radicado en el procedimiento sumario o abreviado, el procedimiento debe ser el común–ordinario por estar referido a los delitos graves (un lamentable error de la Ley Nº 26689 es no haber comprendido como delito "ordinario" el genocidio, felizmente superado ulteriormente por la Ley Nº 26926 que expresamente, en su art. 7º, lo incluyó en el ámbito común ordinario). Así lo tiene establecido la Corte Suprema en varias decisiones [7]. El supremo Tribunal, por ejemplo, ha señalado, bajo la misma lógica, que la situación procesal se define en atención a la mayor gravedad del delito y si éste fuera uno sujeto al procedimiento sumario, así el otro delito esté comprendido en el procedimiento ordinario, la causa se tramitará bajo el procedimiento sumario [8].

Este mismo principio es aceptado por el art. 28º del Código de 1991, cuando prescribe "*En caso de concurso de delitos sujetos a distintos trámites procesales, siendo uno ordinario y otro especial, el procedimiento se seguirá de*

---

[6] Ejecutoria suprema de 26 de agosto de 1981, Exp. Nº 1507-81, Apurímac (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 91-92).

[7] Ejecutorias supremas de 16 de mayo de 1988, Exp. Nº 2-88, Ica (*Anales Judiciales*. T. LXXVI, Lima, 1988, p. 87; de 14 de enero de 1997, Exp. Nº 2878-95-B, La Libertad (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, Idemsa, Lima, 1997, T. III, pp. 95-96); y, de 13 de enero de 1996, Exp. Nº 2634-95-B, Arequipa (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 145-146).

[8] Ejecutoria suprema de 28 de diciembre de 1988, Exp. Nº 849-87-IISP, Junín (*Jurisprudencia Penal, 1984-1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 174-175).

acuerdo al que corresponde a este último". Se entiende, en este caso, que el procedimiento especial por razón de delito, a la luz de lo dispuesto en el art. 373º, está radicado para los delitos graves.

Es de tener presente que una vez que se define el curso del procedimiento en los casos de concurso procesal de delitos, éste no puede cambiar al sobreseerse la causa respecto de uno de ellos. El supremo Tribunal comparte este criterio invocando el principio de unidad en la investigación y en el enjuiciamiento que rige al proceso hasta su culminación [9]. En la causa Nº 2868–97 [10], precisó –reiterando el citado principio de la unidad en la investigación y en el enjuiciamiento– que el procedimiento fijado de antemano de acuerdo a la regla del art. 1º del D. Leg. Nº 124 se seguirá "*aun cuando se declare prescrita la acción penal o se declare no haber mérito para pasar a juicio oral respecto del delito más grave*".

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

A. Bases y fuentes normativas

Como ya se dejó expuesto, el procedimiento sumario surgió en el año 1968 por el Decreto Ley Nº 17110 para superar la congestión de los procesos en las Salas Penales Superiores, trasladando la facultad de fallo a los propios jueces penales, quienes desde la perspectiva del sistema mixto sólo tenían atribuida la facultad de investigación a partir del Código de 1920 [11].

Tal vez la fuente más cercana de este procedimiento es el "Procedimiento de Urgencia para ciertos delitos" de España introducida por la Ley de 8 de abril de 1967, en el que –en uno de los dos procedimientos que instaura– el Juez de Instrucción instruye y falla; en el primer caso, a través de lo que se denominó "diligencias previas", que es una especie de instrucción sumaria abreviada; y, en el segundo caso, a través de un juicio oral realizado según las formas ordinarias, aunque con algunas

---

[9] Ejecutorias supremas de 7 de noviembre de 1990, Exp. Nº 12-90, La Libertad (*Normas Legales*, T. 205, junio, Trujillo, 1993, p. 490); y, de 7 de octubre de 1996, Exp. Nº 4256-95-B, Arequipa (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, pp. 57-58).

[10] Ejecutoria suprema de 30 de abril de 1998, Cañete.

[11] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 411.

modificaciones referidas al derecho probatorio y a la presencia o ausencia del acusado [12]. Luego, resulta inexacto referir la fuente a la Ley española de 8 de junio de 1957, como lo hace GARCÍA RADA [13], dado que dicha norma reconocía la diferencia funcional entre Juez de Instrucción y Audiencias Provinciales [14].

El procedimiento sumario o abreviado presenta sus características singulares en las etapas intermedia, de enjuiciamiento y de impugnación. Salvo la reducción del plazo de la fase de instrucción, no existe diferencia alguna entre la *instrucción ordinaria* y la *instrucción sumaria.* Tampoco se presentan diferencias en la etapa de ejecución.

B. La instrucción sumaria

En cuanto a la *etapa de instrucción,* el art. 3º del Decreto Legislativo Nº 124 insistió en que se sujeta a las mismas reglas establecidas para el procedimiento ordinario, siendo su plazo de 60 días; plazo que puede prorrogarse por no más de 30 días adicionales, *"...a petición del Fiscal Provincial o cuando el Juez lo considere necesario...".*

La etapa de instrucción concluye, como se sabe, al vencerse el término asignado por la ley o, antes, cuando se hayan acumulado los elementos suficientes para llenar el objeto de ella conforme al art. 72º del Código de 1940 o cuando se dé la circunstancia a que se refiere el art. 136º del mismo cuerpo de leyes (confesión corroborada), tal como lo dispone el art. 196º del citado Código, modificado por la Ley Nº 24388. En tal virtud, el Juez debe remitir la causa al Fiscal Provincial para que dictamine sobre su mérito (art. 197º).

El art. 11º del Decreto Ley Nº 17110 establecía que todas las cuestiones incidentales podrán ser planteadas hasta el momento en que sean remitidos los autos al Fiscal Provincial para dictamen; que la resolución de estas cuestiones será expedida conjuntamente con la sentencia, salvo la contienda de competencia que se resolverá previamente; que, asimismo, las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada podían ser

---

[12] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal,* Tecnos, Madrid, 1982, pp. 359-364.

[13] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 411.

[14] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 337.

deducidas y resueltas en cualquier estado del proceso. Sin embargo, esta norma no se reprodujo en el Decreto Legislativo Nº 124. En tal virtud, las cuestiones incidentales se rigen por lo dispuesto en el Código de 1940 para el procedimiento común ordinario. Empero, es de tener presente que si la fase de investigación culminó, obviamente las incidencias pendientes de resolver o las que se interpongan posteriormente, no sólo no requerirán cuaderno aparte sino que deberán resolverse conjuntamente con la sentencia, pues de otra forma se frustraría la esencia sumaria del procedimiento y se distorsionaría el principio de aceleramiento procesal que lo informa.

C. La etapa intermedia

Con la remisión de la causa al Ministerio Público se inicia la *etapa intermedia*, que en este procedimiento es de cargo del Juez Penal y no de la Sala Penal Superior. El art. 4º del Decreto Legislativo Nº 124 estipula que el Fiscal debe emitir "*...el pronunciamiento de ley*", sin ningún trámite previo, dentro de los diez días siguientes. La simplificación se hace de manifiesto en que se impone al fiscal que dictamine sin ningún trámite previo, es decir, sin que condicione el dictamen a diligencias preliminares o a actuaciones de diversa índole. Por otra parte, el "*pronunciamiento del Fiscal Provincial*" no consiste, como en el procedimiento ordinario, en opinar motivadamente sobre la existencia del delito y la responsabilidad o inocencia del inculpado (art. 198º), sino en solicitar el sobreseimiento de la causa o en formular acusación, según entienda que existe mérito suficiente para archivar el proceso o para que se condene al imputado, dado que el momento declarativo debe culminar en el Juzgado Penal. En este sentido era más claro el art. 3º del Decreto Ley Nº 17110 que estipulaba que "*el Fiscal deberá opinar si están o no acreditados el delito y la responsabilidad del proceso. En caso afirmativo, indicará la disposición legal aplicable y pedirá las penas y la reparación civil correspondiente*".

Una vez emitido el dictamen fiscal, sea acusatorio o no acusatorio, el art. 5º del Decreto Legislativo Nº 124 prescribe que el Juez mediante decreto deberá poner los autos de manifiesto en Secretaría por el término de diez días, plazo común que tiene la defensa del acusado, del tercero civil y de la parte civil para que presenten los alegatos que correspondan.

Vencido el término de diez días, señala el art. 6º, primer párrafo, del citado Decreto Legislativo, el Juez Penal sin más trámite deberá pronunciar la resolución que corresponda en el término de quince días.

Desde la perspectiva de los actos que conforman la etapa intermedia, dedicada a determinar si procede enjuiciar a una persona o no, es del caso efectuar las siguientes precisiones:

1. La frase "sin más trámite" impone al Juez Penal que decida sobre el objeto procesal con el solo mérito de los actuados sumariales, sin que le corresponda realizar diligencias suplementarias. Empero, ello no le impide resolver previa vista la causa e informe oral de los defensores, tal como lo preceptúa el art. 155º del TUO de la LOPJ, el cual reconoce como derecho de los defensores de informar oralmente o por escrito ante los jueces, antes de que se expida la sentencia.

2. Si el dictamen es no acusatorio, el Juez tiene tres alternativas: 1) Puede disponer el archivo del expediente, dictando técnicamente un auto de sobreseimiento. Así lo disponía con total claridad y expresamente el art. 5º del Decreto Ley Nº 17110. 2) Puede instar el procedimiento para forzar la acusación elevando los actuados al Fiscal Superior o, en su caso, disponer la concesión de un plazo ampliatorio, aplicando supletoriamente el art. 220º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388. Así lo ha establecido el Supremo Tribunal en Ejecutoria de 21 de agosto de 1985 [15]. Se entiende que si el Fiscal Superior concuerda con el Fiscal Provincial, el Juez Penal está obligado a dictar auto de sobreseimiento.

3. En los casos de procedimientos complejos y de dictámenes mixtos, es decir, con extremos acusatorios y no acusatorios, la necesidad de respetar el *principio de preclusión de las etapas procesales*, de conformidad con el art. 221º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, obliga en primer término a definir si es del caso sobreseer la causa respecto de algunos imputados por determinados delitos y, luego, firme que sea esa resolución, recién proceder a emitir sentencia. En consecuencia, en esos casos la decisión del proceso requiere dos resoluciones separadas: el auto de sobreseimiento y la sentencia; el primero se pronuncia respecto del extremo no acusatorio del dictamen y el segundo sobre el extremo acusatorio, absolviendo o condenando al o los imputados.

D. La sentencia

La nota diferencial más saltante del procedimiento sumario o abreviado es, sin duda alguna, la eliminación del juicio oral como etapa prin-

[15] Exp. Nº 1708-83-Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 252).

cipal y necesaria del proceso penal. Este modelo, inequívocamente atípico, pues ni siquiera respetó la fuente española, que no se atrevió a eliminar el plenario, ni el modelo del Código de 1863, en que el mismo Juez del Crimen realizaba el Plenario, como es obvio, no tiene el menor sustento constitucional.

Este procedimiento no sólo lesiona el principio ya estudiado del "*juez no prevenido*", al encargar al mismo Juez la instrucción y la resolución de la causa, vulnerando de este modo la imparcialidad del Juez, sino que además niega las propias garantías del juicio público, del derecho a la defensa y de la igualdad de armas, con violación a los arts. 139.4 y 14, y 2º.2 de la Constitución, así como los principios derivados de dichas garantías, tales como los de contradicción, oralidad e inmediación.

Llama la atención que en España el procedimiento de urgencia, siempre cuestionado por sus procesalistas, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencia Nº 145/1988 de 12 de julio, inspirada en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1º de octubre de 1982 –*"Caso Piersack"*– y de 26 de octubre de 1984 –*"Caso De Cubber"*– que aplicó el art. 6º.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos exigente de un Tribunal independiente e imparcial y proscribiendo, en la votación y fallo de un proceso penal dentro de un órgano colegiado, la presencia de un magistrado que habrá ostentado la condición de instructor en la misma causa. En el Perú, sin embargo, nunca mereció una censura de la justicia ordinaria ni del Tribunal de Garantías Constitucionales, al punto que el legislador, el anterior y el actual, le ha dado carta de ciudadanía ampliando su ámbito a numerosos delitos con manifiesto olvido de las Constituciones de 1979 y 1993, que no sólo imponen la publicidad de los procesos como regla básica del enjuiciamiento penal sino que permite –en el primer caso– o encarga –en el segundo caso– al Ministerio Público la conducción de la etapa de investigación, a partir de la cual es posible un reordenamiento integral del sistema procesal para hacerlo más dinámico y célere.

Frente a estos notorios defectos, la Corte Superior del Cono Norte de Lima mediante sentencia de 11 de enero de 2002 [16] declaró inaplicables los artículos 5º y 6º del citado Decreto Legislativo Nº 124

[16] Ejecutoria superior de 11 de enero de 2002, Exp. Nº 2001-1841 (Inédita).

por contravenir el art. 139º.3 Const., dado que, a su juicio, se vulneran los principios de imparcialidad objetiva, publicidad y contradicción, a cuyo efecto se invocó como precedente la Sentencia del Tribunal Constitucional español antes citada (Nº 145/1988, de 12 de julio). Esta sentencia, de conformidad con el art. 14º de la LOPJ, fue elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Dicha Sala, en la Ejecutoria suprema de 28 de mayo de 2002, desaprobó dicha sentencia al considerar constitucionales las normas cuestionadas del Decreto Legislativo Nº 124. Al respecto, señaló que la supresión de la etapa oral no impide que las partes puedan efectuar las observaciones a las distintas pruebas actuadas en la etapa de instrucción, aportando inclusive nuevos medios probatorios, tanto más si la ley permite la formulación de alegatos antes de la decisión final; agrega que el hecho que el juez que instruye sentencie posibilita la vigencia del principio de inmediación, pues de otro modo sería equivalente cuestionar el propio juicio oral bajo el pretexto de que en su desarrollo los miembros del Tribunal podrían adquirir prevenciones contra el acusado, culmina con un argumento pragmático, pues el cuestionamiento en revisión cuestiona el propio desarrollo de un proceso que tiene una vigencia de más de veinte años, cuya inaplicación originaría una multiplicidad de procesos sumarios nulos, lo que por su generalidad debe cuestionarse por otras vías [17] (crípticamente está derivando la solución del problema constitucional al Tribunal Constitucional).

Es evidente que un juez ordinario en el curso de un proceso a su cargo puede cuestionar la legitimidad de una norma con rango de ley y, en tal virtud, como lo establece el art. 138º *in fine* de la Constitución, está en el deber de inaplicarla llegado el caso, siendo impropio sostener que la masiva aplicación de la norma cuestionada –por referirse a una clase de procedimiento penal de larga data– impide aplicar la institución del control difuso. La Ejecutoria suprema en cuestión (1) no sólo obvia referirse a la garantía de publicidad, de directa relevancia constitucional (art. 139º.4 Const.), cuya excepción está en función –tal como aparece del art. 14º.1 del PIDCP– de los riesgos que la publicidad –radicada en la actuación probatoria, en los alegatos y en la expedición de la sentencia– pueda generar para otros bienes jurídicos constitucionalmente

[17] Ejecutoria suprema de 28 de mayo de 2002, Exp. Nº 532-02, Cono Norte (Inédita).

protegidos (*vid.* protección de la vida, de secretos relevantes del Estado o de las personas, de la intimidad, de menores, de los intereses de la justicia, etc.) y, de ninguna manera, a la configuración de un proceso bajo pautas de simplificación o celeridad; sino que (2) no entiende la diferencia entre actos de pruebas y actos de investigación, (3) desconoce que la inmediación está en función al juez sentenciador y no al juez instructor, y (4) no asume los diferentes cometidos de la instrucción y del juicio, y, por tanto, de la garantía de imparcialidad judicial.

Por otro lado, el art. 6º, párrafos segundo y tercero, del Decreto Legislativo Nº 124, encarga al Juez Penal la emisión de la sentencia, obviamente sin previo juicio oral y público. Este acto procesal –la expedición de la sentencia–, sin embargo está sometido a un doble mecanismo: **a)** la lectura en audiencia o acto público, si la sentencia es condenatoria; y, **b)** la simple notificación, si la sentencia es absolutoria.

La aparente justificación de tan insólita diferencia, en el caso de una condena, sería respetar la garantía de publicidad de los procesos y evitar la condena en ausencia, intento por cierto insuficiente dado que la publicidad constitucionalmente garantizada se refiere al acto mismo del debate probatorio y no a uno de sus períodos finales, el cual por lo demás rechazaría que se opte por la publicidad según el contenido de la sentencia. En cuanto a la proscripción de la condena en ausencia, y para negarla, sólo bastaría tener presente que el imputado esté presente durante todas las incidencias del proceso; por lo demás, es de acotar que en el derecho comparado se pueden encontrar opciones jurídicas en mérito a las cuales no es necesaria la lectura de la sentencia como un paso final de la vista oral, bastando únicamente su notificación a las partes asistentes al juicio; de igual modo, el derecho comparado también reconoce de juicios orales, radicados en delitos menores, en los que ni siquiera es obligatoria la presencia del acusado para el acto de la vista.

En lo atinente a la sentencia condenatoria, desde la perspectiva del Decreto Legislativo Nº 124, tal como lo es en el procedimiento común-ordinario, el juez que la dicta es el mismo que debe dirigir la audiencia pública de lectura y, por tanto, la fecha de la sentencia corresponde a la fecha de su lectura. Así lo ha declarado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 6 de julio de 1992 [18]. La Ejecutoria supre-

[18] Exp. Nº 552-91-B, Arequipa.

ma de 28 de octubre de 1988 [19] enfatizó que la lectura de sentencia y el acta deben ser realizadas en acto público y único. No debe considerarse que existe una radical diferencia en el momento de la formación de la sentencia, entre la deliberación para llegar a la misma y su pronunciamiento y ulterior documentación, error en el que por ejemplo han incurrido los jueces de los Distritos Judiciales de Arequipa y Ayacucho. En efecto, la sentencia condenatoria es tal una vez que se pronuncia y ese acto –el pronunciamiento– sólo puede realizarse en audiencia pública. El momento de deliberación, que lleva a decidir si habrá o no condena, se expresa a través de su pronunciamiento y consiguiente lectura en un acto público, único modo permitido por la ley para que adquiera eficacia procesal.

Por lo demás, siendo la sentencia la resolución que tras un proceso resuelve sobre el objeto del proceso y estando dirigida toda la actividad probatoria al convencimiento del juez, resulta ilógico que un Juez lea una sentencia que ha deliberado o preparado otro Juez, situación que podría presentarse cuando este último juez ha sido promovido a un cargo superior o se apartó de la carrera judicial o se encuentre de licencia, de vacaciones, etc. A esta incoherencia llevaría la posición anterior, pues impone que necesariamente se incorpore al expediente, de uno u otro modo, una "sentencia condenatoria no leída", así como que luego el nuevo Juez tenga que corregir el fallo del Juez anterior cuando, por ejemplo, uno de los acusados no concurre a la diligencia de lectura de sentencia y sea del caso reservarle el proceso.

El alto Tribunal ha establecido que no sólo la sentencia debe tener la misma fecha de su lectura, sino que también debe comprender, si es el caso condenar, únicamente a los acusados que se encuentren presentes en dicho acto, no así a quienes no asistan al acto oral respecto de quienes debe reservarse el pronunciamiento [20].

La denominada "diligencia de lectura de sentencia" es un acto procesal formal, que exige la presencia del Fiscal Provincial, del acusado y de su defensor, así como de la parte civil. La ley dice "citación", pero la

---

[19] Exp. Nº 812, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 293).

[20] Ejecutoria suprema de 13 de julio de 1988, Exp. Nº 72-87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 264-266).

práctica judicial ha entendido presencia física de las partes, sobre la base de lo que precisa el art. 7º del Decreto Legislativo Nº 124 que señala que la sentencia es apelable en el mismo acto de su lectura, lo que significa que dicha diligencia se cumple en presencia de las partes, a cuyo efecto se aplica supletoriamente el art. 210º del Código de 1940: el auto de citación para lectura de sentencia se dicta bajo apercibimiento de que el acusado sea declarado reo contumaz y de ordenarse su captura si tiene la condición de reo libre o de revocarse su libertad si goza de ese status procesal. Según lo señala la norma anteriormente invocada, la asistencia de las partes necesarias –Fiscal, acusado y su defensor– es imprescindible para que se produzca el acto público, bastando la mera notificación en forma para dicha diligencia a la parte civil y al tercero civil. El art. 2º del Decreto Legislativo Nº 125 que regula la institución de la contumacia, señala que no se puede expedir sentencia condenatoria contra los contumaces, lo que significa que entiende que la citación para sentencia importa la obligatoria presencia del imputado en su lectura.

E. La etapa de impugnación

El art. 7º del Decreto Legislativo Nº 124 reconoce un recurso ordinario contra la sentencia: el recurso de apelación. De igual manera reconoce que las demás resoluciones que ponen fin a la instancia también son recurribles en apelación. Se trata, en principio y de modo fundamental, del auto de sobreseimiento, así como los autos que declaran fundada una excepción, salvo la que ampara una excepción de naturaleza de juicio.

En el caso de la sentencia, el recurso de apelación se puede interponer en el acto mismo de su lectura o en el término de tres días. El procedimiento en este caso, en tanto se trata de un acto oral, es el mismo que prescriben los arts. 289º-290º del Código de 1940. El imputado puede interponer recurso de apelación en ese mismo acto luego de leída la sentencia o reservarse ese derecho hasta el tercer día siguiente de expedido el fallo, entendiéndose que los días son hábiles según el art. 141º del Código Procesal Civil. Semejante procedimiento se sigue respecto de todas las partes del proceso: el tercero civil y la parte civil (art. 290º del Código de 1990) no pueden impugnar en el acto de la vista oral, cuya presencia ni siquiera es obligatoria (como se sabe, los arts. 210º y 211º del Código de 1940 sólo imponen la presencia obligatoria del imputado, su abogado y el fiscal). La apelación de dichas partes podrá

producirse en el término de 3 días de producida la diligencia de lectura de sentencia, hayan estado o no presentes en dicha diligencia.

En cambio, las resoluciones que no son leídas en acto oral el plazo se cuenta desde el día siguiente de notificadas (art. 147º CPC), a partir del cual se cuentan tres días hábiles.

El *procedimiento recursal* exige, en todos los casos, la previa vista fiscal, que se producirá en el término de ocho días si hay reo en cárcel y de 20 días si no lo hay (art. 8º D. Leg. Nº 124). Emitida la vista fiscal corresponde resolver al Tribunal previa vista oral de la causa, en la que la defensa puede solicitar el uso de la palabra con arreglo a lo dispuesto en el art. 132º del TUO de la LOPJ. Antes de ello, la Sala Penal Superior puede optar por resolver la apelación por el pleno de sus miembros o por uno solo de ellos como tribunal unipersonal; decisión irrecurrible que tomará en cuenta dos circunstancias del caso: **a)** el número de procesados; y, **b)** la complejidad de la causa. El grado será absuelto en el plazo de 15 días de producida la vista.

El Tribunal revisor no está autorizado a desarrollar actividad probatoria, posibilidad que sólo le reconoce el Proyecto de Código de 1995, ni la vista fiscal requiere como paso necesario el previo traslado a las partes para que aleguen por escrito lo que estimen necesario a sus respectivas pretensiones. Sus poderes, supletoriamente, son los previstos en los arts. 298º a 301º del Código de 1940, tal como lo ha entendido el supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 13 de julio de 1988 [21].

Emitida la sentencia de segunda instancia, el art. 9º del Decreto Legislativo Nº 124 prescribe que no procede el recurso de nulidad, imposibilidad que obviamente se extiende a cualquier decisión que se dicte en el curso del procedimiento sumario [22]. Contra la denegatoria de la apelación sólo procede el recurso de queja conforme a la modificación de la Ley Nº 27833, de 21 de setiembre de 2002. Asimismo, de conformidad con el art. 292º del Código de 1940, modificado por el

---

[21] Exp. Nº 72-87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 264-266).

[22] Ejecutorias supremas de 9 de setiembre de 1981 (*El Peruano*, Lima, 12 de octubre de 1981); de 9 de diciembre de 1988, Exp. Nº 35-88, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 294); y, de 1º de junio de 1984, Exp. Nº 580-83, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982-1984, p. 847).

Decreto Legislativo Nº 126, procede recurso de queja excepcional ante la Corte Suprema para que ésta disponga la concesión del recurso de nulidad cuando advierte una infracción a la Constitución o una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal; recurso que el art. 3º de la Ley Nº 26689 lo radicó en las sentencias y otras resoluciones que ponen fin al proceso.

La Corte Suprema ha establecido, por otro lado, que en estos procedimientos las Salas Penales Superiores están legalmente facultadas, por ser Salas de última instancia, a declarar la nulidad de todo género de resoluciones, inclusive las suyas propias, cuando con ello se restablece el imperio de la ley y se enmiendan los errores de derechos [23]. Tan amplias facultades, sin embargo, no sólo no están previstas en la ley de modo expreso, sino que en todo caso merecen una doctrina jurisprudencial muy estricta y no con la amplitud que parece sugerir la Ejecutoria suprema citada, tanto más si ello puede afectar la seguridad jurídica al vulnerar la cosa juzgada y si las partes en el caso extremo tienen expedito el recurso de queja excepcional

3. El Código de 1991

El nuevo Código respeta el juicio oral como fase principal y necesaria del proceso penal. Por consiguiente, corresponde al Juez Penal dirigir las etapas intermedia y de enjuiciamiento, a la vez que controlar la actividad de investigación del Ministerio Público e intervenir en su desarrollo dictando determinadas resoluciones relacionadas con el correcto ejercicio de la acción penal y las medidas limitativas de derechos.

El procedimiento para delitos menos graves –llamado ordinario en el Código de 1991–, salvo la competencia funcional, no tiene diferencia alguna con el procedimiento ordinario. Culminada la etapa de investigación, de conformidad con los arts. 251º, 91º y 98º, el mismo Fiscal Provincial, según sea el caso, emitirá dictamen no acusando (art. 252º) o formulará acusación (art. 260º). Le corresponde al Juez Penal las funciones propias del control vinculadas a la etapa intermedia; si dicta auto

[23] Ejecutoria suprema de 15 de diciembre de 1992, Exp. Nº. Q-7-92-B, Lima (*Normas Legales*, T. 224, enero, Trujillo, 1995, pp. J34-J35).

de enjuiciamiento, le corresponde dirigir el juicio oral y emitir sentencia, absolutoria o condenatoria.

Contra la sentencia del Juez Penal procede recurso de apelación superior. En segunda instancia no es posible la actuación probatoria ni la consiguiente celebración de audiencias orales para la tramitación de la prueba, situación que sí es posible en los marcos del Proyecto de 1995, que en este punto siguió el modelo del proceso abreviado español.

Es de destacar que el art. 307º del Código de 1991, siguiendo el modelo del recurso de nulidad del Código de 1940 (art. 301º *in fine*), insistió en disponer que en caso de sentencia absolutoria la instancia de apelación sólo puede revocarla y ordenar un nuevo enjuiciamiento. Este serio error de perspectiva, que desnaturaliza el recurso de apelación –tal como ya lo hemos demostrado en el capítulo sobre los recursos– ha sido corregido por el Proyecto de 1995 que no sólo prevé audiencia de pruebas en la instancia de apelación, sino que permite la condena al absuelto conforme inclusive al modelo del Código italiano. En el país, GARCÍA RADA se ha pronunciado expresamente por la viabilidad de que el Tribunal revisor pueda revocar un fallo absolutorio de primera instancia y condenar al absuelto [24], aunque el alto Tribunal ha optado por la tesis contraria invocando expresamente en vía analógica el art. 301º del Código de 1940 [25].

IV. EL PROCEDIMIENTO POR FALTAS

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El art. 11º del Código Penal se afilia, como ya se dejó expuesto, al sistema bipartito de infracciones penales al reconocer como tales a los delitos y las faltas. Podemos definir las faltas como simples injustos menores en relación con los delitos; no hay entre ambos diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero como quiera que las faltas importan sanciones más leves y están referidas a

[24] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 422.

[25] Ejecutoria suprema de 31 de mayo de 1988, Exp. Nº 541-86, La Libertad (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 256-258).

vulneraciones a bienes jurídicos de menor intensidad, es del caso –siguiendo a ZÜRCHER– tratarlas distintamente en función a la simple diferencia cuantitativa que existen entre ellas [26].

Desde esta última perspectiva, el art. 440º del Código Penal, modificado por el art. 8º de la Ley Nº 27939 de 12 de febrero de 2003, *primero,* impone a las faltas el mismo régimen jurídico-penal impuesto a los delitos; y, *segundo,* desde el derecho material reconoce cinco excepciones puntuales: **a)** sólo se reprimen si están consumadas, es decir, no acepta el tipo de imperfecta realización, salvo el caso de las faltas de lesión dolosa y culposa, y de hurto y daños, previstas en el primer y segundo párrafos de los artículos 441º y 442º CP (que precisamente también modifica la ley citada); **b)** sólo responde el autor, por lo que rechaza los tipos de participación: complicidad e instigación; **c)** sólo reconoce para su represión dos clases de pena, de las cuatro que incorpora el art. 28º del Código Penal: restrictivas de derechos –en rigor limitativas (art. 31º CP)–, tales como la prestación de servicios comunitarios, limitación de días libres e inhabilitación, y multa; **d)** la multa no será menor de diez días-multa ni mayor de 180 días-multa; y, **e)** la acción penal y la pena prescriben al año.

Una característica adicional es reconocida en el art. 7º de la Ley Nº 27939, en este campo más amplia que el art. 325º, tercer párrafo, del CPP de 1940, modificado en su día por el Decreto Legislativo Nº 126. Si bien las faltas están sometidas a persecución pública (ninguna de ellas está sujeta en lo específico a persecución privada, siendo un caso contradictorio el de las faltas contra la persona por negligencia, puesto que el delito de lesiones leves culposas es considerado por la ley como un delito privado), es posible el desistimiento de la acción por el agraviado e, inclusive, la transacción, en cualquier estado de la causa, inclusive hasta antes que se emita la sentencia de segunda instancia. Tal configuración, que importa una causal de extinción de la acción penal, equivale a conceder a la víctima poder dispositivo sobre el objeto del proceso penal, sobre la persecución, y enmarcar estas figuras, en lo pertinente, en lo dispuesto por el inc. 3 del art. 78º del Código Penal.

Las faltas están agrupadas en cinco rubros dentro del Libro Tercero del Código Penal: **1.** Faltas contra la persona (Título II, arts, 441º-443º).

---

[26] Citado por HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general,* cit., p. 326.

2º. Faltas contra el patrimonio (Título III, arts. 444º-448º). 3º. Faltas contra las buenas costumbres (Título IV, arts, 449º-450º). 4º Faltas contra la seguridad Pública (Título V, art. 451º). 5º Faltas contra la tranquilidad pública (Título VI, art. 452º).

La *competencia objetiva*, según lo dispuesto en el art. 2º de la Ley Nº 27939, que en este punto modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Procedimientos Penales, corresponde a los Jueces de Paz Letrados, que investigarán y juzgarán en los procesos por faltas, con lo que asimismo la Ley deroga el inciso 6) del art. 440º del Código Penal, que estatuía que la "*investigación está a cargo de la autoridad policial y el juzgamiento corresponde a los Jueces de Paz, Letrados o no Letrados*". La Segunda Disposición Final de dicha ley, sin embargo, estipula que, excepcionalmente, en los lugares donde no exista Juez de Paz Letrado, el procedimiento estará a cargo del Juez de Paz. La *competencia funcional* para conocer del recurso de apelación contra la sentencia que emita el Juez de Paz Letrado será el Juez Especializado en lo Penal. Se entiende que en los casos que un Juez de Paz asuma competencia objetiva, necesariamente el conocimiento de la apelación correrá a cargo del Juez Especializado en lo Penal, dado que precisamente el supuesto de intervención del Juez de Paz es la ausencia de Juez Letrado en los lugares de comisión de la falta.

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

A. Aspectos generales

Las reglas de procedimiento están inspiradas parcialmente en el Código Procesal Penal de 1991 (*vid.* arts. 387º-390º CPP 1991). Podría destacarse como ejes rectores de este procedimiento el ser uno sustancialmente acelerado y con predominio de la concentración procesal –que en puridad sólo tiene una etapa concebida de modo *sui generis* en su momento declarativo, que la dirige el Juez de Paz Letrado–, aunque a nuestro juicio de dudosa legitimidad al estar informado por el principio 'inquisitivo' y no por el *acusatorio*. También es posible agregar a esta idea de concisión y simplicidad, la de inmediación, en tanto que "...las actuaciones que se exigen en este tipo de proceso [...] están presididas y dirigidas por el juez" [27].

[27] MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. IV, p. 2791.

El grave problema de este procedimiento, concebido como todo el proceso penal bajo el principio de obligatoriedad –de legalidad– del ejercicio de la acción penal –en cuya virtud toda falta es pública–, estriba en la ausencia de un acusador privado concreto, dado que, como ya se ha mencionado, el Ministerio Público no interviene en la persecución de estas infracciones. El principio acusatorio brilla por su ausencia y, por tanto, la constitucionalidad del procedimiento se ve discutida por vulneración de las garantías genéricas del debido proceso y del derecho de defensa (art. 139º.3 y 14 Const.). Dicho principio, el acusatorio, exige –al decir de ESCUSOL BARRA– la acusación previa para que una persona pueda ser condenada, la que no puede ser sustituida por la actividad judicial en ningún caso [28]. A ello hay que agregar, como lo hacen CALDERÓN y CHOCLÁN, la necesidad de que exista una correlación entre acusación y sentencia, y la prohibición de la reforma peyorativa [29]. Como en todo procedimiento se requiere una parte actora, esencialmente en la etapa de enjuiciamiento –y su correlativo derecho a conocer la acusación para una defensa eficaz–, función que no puede cumplir el juzgador, en orden además a la necesaria vigencia del principio de imparcialidad judicial (STEDH, Asunto "Piersack", de 1 de octubre de 1982) –quien no puede realizar actos de instrucción, como sería el auto de apertura de instrucción, y luego dirigir la actividad probatoria para expedir sentencia–, y del derecho de defensa –cuyo ejercicio contradictorio requiere de un acusador que impute cargos, *ne procedat iudex ex oficio*–, y por consiguiente, como no es admisible la acusación implícita, cabe enfatizar que, en tanto no se inste la sanción del imputado, no es posible que se emita sentencia. Ello significa que la ausencia de una acusación, que da sentido al juicio, determina irremediablemente el sobreseimiento inmediato de la causa e imposibilita el principio de contradicción.

El Tribunal Constitucional español, en la muy conocida sentencia Nº 56/1994, sostuvo, en primer lugar, que el principio acusatorio debe informar al procedimiento por faltas, y que dicho principio exige una acusación –obviamente de un órgano externo al juez– e incorpora el derecho del imputado a conocerla; en segundo lugar, que la exigencia

---

[28] ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 659.

[29] CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 554.

de una acusación exteriorizada y explícita, formulada –en ausencia del fiscal– por el particular ofendido, que permita al acusado defenderse y hacer posible un debate contradictorio, debe modularse en los procedimientos por faltas, dada la escasa complejidad de los tipos penales y la fácil determinación de su sanción; y, en tercer lugar, que la acusación puede manifestarse en varias formas, ya en la denuncia inicial, ya en el acto del juicio oral, pero en todo caso debe llegar a conocimiento del imputado, al punto que la propia denuncia puede satisfacer el derecho del inculpado a conocer la acusación que contra él se formula [30]. Debe aclararse que la ley española no consagra la fase de instrucción y, además, exige parte legítima en el acto oral, es decir, una parte activa o acusadora, que en ausencia del Fiscal debe ser el agraviado. Todo ello hace que ese procedimiento sea profundamente inquisitivo, confundiéndose el objetivo de celeridad y economía procesal con la vulneración de las bases programáticas mínimas de todo proceso penal.

Otro problema está referido a la garantía de publicidad, exigida por la Constitución. Siguiendo el modelo del juicio sumario no existe duda que la lectura de la sentencia debe ser llevada a cabo en audiencia pública. Obviamente, por sus limitaciones esenciales, en tanto que esa garantía exige la asistencia del público en el debate mismo y en la lectura del fallo, esa salida no es plenamente constitucional, siendo de rigor por consiguiente entender que la audiencia prevista por la Ley analizada se producirá en acto público, aunque la limitación vendría cuando se deban actuar otras diligencias complementarias, para las cuales la ley no exija Audiencia, pues inclusive menciona un "plazo de instrucción", lo que exige una actuación reservada.

B. Iniciación

Una nota inquisitiva típica de este procedimiento es que el Juez de Paz Letrado puede iniciar el procedimiento de oficio, sin necesidad de instancia de la víctima o agraviado. La Policía será la encargada de las investigaciones –que según sus propias reglas puede iniciarlas de oficio o por denuncia–, pues el art. 3º de la Ley Nº 27939 hace mención a "lo actuado por la autoridad policial" y con el documento que emita y remita al Juzgado decidirá lo conveniente. Ello no obsta a que la ley reconoz-

[30] GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 7, pp. 514-516.

ca que puede existir denuncia escrita u oral, que necesariamente debe ser presentada por el agraviado o su representante ante el Juzgado.

El segundo párrafo del mencionado art. 3º establece las posibilidades de actuación del Juez ante un Parte Policial o ante una denuncia. Como especialidad fundamental, se tiene que si la Policía efectuó una detención en flagrancia, se comunicará inmediatamente el hecho al Juez poniendo al detenido a su disposición con el Parte Policial respectivo, "tan pronto aquél –el Juez– se constituya en la dependencia policial". La norma contiene un error técnico ostensible, pues dice: "...por presumirse la comisión de *delito*", cuando en rigor debió decir "*falta*", dado que si se tratara de delito la Policía tendría que remitir al detenido a disposición del Fiscal Provincial.

Tres son las posibilidades que tiene el Juez ante un parte o ante una denuncia del agraviado o su representante: **1)** Desestimarla de plano si el hecho denunciado no constituye falta; **2)** Abrir instrucción si el hecho es típico (obviamente, en concordancia con lo dispuesto en el art. 77º CPP, se necesita la debida individualización del denunciado y, asimismo, que la acción penal se encuentre vigente, es decir, que no esté prescrita); y, **3)** Derivar los actuados al Fiscal Provincial, con el detenido –si existiera– si el hecho constituye delito.

El auto de apertura de instrucción, como se ha dicho, es una resolución de imputación judicial *ab initio* (como tal, deberá motivarse debidamente, indicándose los hechos relevantes y su calificación jurídico penal), pues se formula al inicio del proceso y da cuenta de una atribución a una persona determinada de haber intervenido en unos hechos concretos que presentan los caracteres de falta [31]. Sobre esa base la primera diligencia que debe realizarse es la instructiva del imputado, bajo el principio de reserva, la cual se tomará de inmediato o, si el procesado no está detenido, en el plazo de tercer día de notificado. Sólo está permitida la citación cautelar, es decir, la conducción de grado o fuerza del imputado: no puede ordenarse su detención.

C. Audiencia

Recaba la instructiva del imputado, el mismo Juez de Paz Letrado dictará una resolución de citación para audiencia. Esta diligencia proce-

---

[31] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 163-165.

sal, de carácter público, tiene como objeto actuar todos los medios de "prueba", en puridad de investigación –dado su carácter sumarial–, que correspondan, aunque no precisa que el imputado o la víctima en su caso tienen el derecho de solicitar se convoque a determinados órganos de prueba. La audiencia debe realizarse en un solo acto y sin interrupción alguna, salvo causas de fuerza mayor (complejidad del trámite, inasistencia de órganos de prueba citados, indisposición de alguna de las partes, necesidad de realizar inspecciones oculares o reconstrucciones, etc.). La instalación de la audiencia está sujeta a los requisitos estipulados, en vía supletoria, por los arts. 234º y 241º del CPP, en lo pertinente. De existir tercero civil, enseña HINOJOSA SEGOVIA, también deberá ser citado a la audiencia, pues no puede condenársele sin haber sido citado ni oído en el procedimiento, más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita [32].

En la audiencia se debe escuchar al agraviado y, luego, al imputado, esto es, se les debe examinar. La metodología a seguirse es la propia del juicio oral por delitos. Si el imputado admite los hechos –la norma menciona el vocablo "responsabilidad", que entraña una valoración jurídica que no es del caso exigirle al imputado–, o si considera necesario actuar otras diligencias, aun cuando estén presentes peritos y testigos, se declarará conclusa la fase probatoria y se dictará, de inmediato, es decir, en ese mismo acto, la sentencia que corresponda, señalando la pena y la reparación civil. Es evidente que, en este caso, se suspenderá la audiencia por breve tiempo para la elaboración de sentencia, luego de lo cual debe reabrirse la sesión para darle cumplida lectura.

Cuando el imputado no reconozca su responsabilidad, o fueran necesarias otras diligencias, se actuará la "prueba ofrecida" de inmediato. Como ya se anotó, la actuación probatoria ulterior está condicionada a que el imputado no confiese, en cuyo caso se examinará a los testigos y peritos, así como se leerá la prueba instrumental y documentos probatorios. Culminada la actuación probatoria, se inicia la fase de alegatos finales –ellos deben comprender, por imperio del principio acusatorio, la autodefensa del imputado o derecho a la última palabra–, luego de lo cual, sin más dilación, se dictará sentencia. Pareciera que la expe-

---

[32] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 665.

dición del fallo debe hacerse en ese mismo acto (en nuestro sistema la audiencia culmina no con la autodefensa, sino con la lectura del fallo y emplazamiento a las partes principales acerca de su derecho de impugnación), previa suspensión de la sesión para su elaboración, lo que será posible si el caso es simple y lo permite la carga procesal del Juzgado; de no ser posible, pues se trataría de una causa de fuerza mayor –prevista en el primer párrafo del art. 5º de la Ley Nº 27939– la audiencia se suspende para expedirse sentencia en otra ocasión.

Es obvio que lo actuado en la Audiencia debe incorporarse en un acta, que como tal debe reflejar de la forma más fiel posible la realidad de lo ocurrido, de suerte que –como dice DELGADO MARTÍN– "...las limitadas posibilidades de nueva valoración de la prueba tendrán tanto más acierto cuando más fiel sea la reproducción de lo ocurrido en el juicio celebrado en primera instancia [;] la segunda instancia es absurda sin un reflejo exacto de lo ocurrido en el juicio" [33].

D. Otras diligencias de instrucción

Es sintomático que el art. 5º *in fine* de la Ley haga mención al plazo de instrucción, que no debe exceder de 20 días, prorrogables en diez días adicionales, lo que significa que la audiencia que ha diseñado no constituye en puridad un acto propio de la etapa oral o principal del proceso, y que los actos de imputación y de declaración del imputado –como debiera ser– no culminan la etapa escrita de instrucción. Dice la norma que en "*el caso que en el proceso sea necesaria la realización de otras diligencias, la instrucción no podrá exceder...*", situación que permite sostener que, en rigor, no existe propiamente una etapa de enjuiciamiento, sino que se ha configurado una *sui generis* etapa de instrucción conformada por tres tipos de diligencias: la instructiva, la audiencia y las diligencias complementarias o suplementarias.

A la culminación de éstas o del plazo ordinario o el de prórroga, el Juez debe expedir un auto de citación para audiencia, dedicada exclusivamente para la diligencia de lectura de sentencia y determinación de la interposición de los recursos. La audiencia antes mencionada debe señalarse, sea la sentencia absolutoria o condenatoria. Llama la atención

[33] DELGADO MARTÍN, Joaquín: *El juicio de faltas: La prueba y otras cuestiones procesales*, Colex, Madrid, 1996, pp. 120-121.

que, a la culminación de las diligencias sumariales, no se disponga la reapertura de la audiencia para los alegatos ampliatorios correspondientes, única posibilidad para, por lo menos, garantizar el contradictorio y, especialmente, la vigencia del principio acusatorio: si nadie acusa, ¿cómo es que puede expedirse sentencia? Exactamente, luego de la realización de actos de investigación o de prueba en sede judicial, ¿cómo es posible obviar la acusación del afectado?

Este proceso también permite la deducción de cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y cuestiones de competencia, pero ninguna de ellas requiere un previo pronunciamiento del Juez ni origina un incidente, pues se resuelven conjuntamente con la sentencia. Por ello, en el escrito que se deduzcan deben proponerse los medios de prueba que correspondan, que se actuarán inmediatamente en la audiencia. De lo últimamente expuesto fluye que la proposición de estos medios de defensa, a diferencia del procedimiento por delitos, sólo puede operar hasta antes de la iniciación de la audiencia o, en su caso, si el proceso no se resuelve en ese acto, durante los actos de instrucción complementaria.

E. El procedimiento recursal

El procedimiento por faltas está sujeto al principio del doble grado de jurisdicción. Contra la sentencia procede recurso de apelación. El plazo de interposición es de un día de efectuada la lectura de sentencia (ello no quiere decir que en la audiencia no pueda procederse con arreglo al art. 289º CPP, que exige la consulta a las partes principales si interponen recurso impugnatorio).

Funcionalmente, el conocimiento del recurso de apelación corresponde al Juzgado Especializado en lo Penal, a quien debe elevarse el expediente en el día. El procedimiento recursal es simple, no permite actuación probatoria y se circunscribe a una revisión de las actuaciones sumariales; en puridad, como apuntan RIFÁ y VALLS, la sentencia dictada constituye un "*novum iudicium*, en el cual el recurrente puede reproducir las alegaciones realizadas en primera instancia y el órgano judicial *ad quem* puede realizar un nuevo enjuiciamiento y valoración, tanto de las pruebas realizadas como del derecho aplicado [34].

[34] RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgiun Editor, Madrid, 2000, p. 427.

Dentro de los cinco días de recibidos los autos, el Juez Penal debe señalar fecha para la vista de la causa, en la que los defensores pueden informar oralmente. Realizada la vista, la sentencia se expedirá en el plazo improrrogable de tres días. Rige la interdicción de la reforma peyorativa. Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

CAPÍTULO XLI
LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. El procedimiento contra Altos Dignatarios: 1. Introducción. 2. El antejuicio o acusación constitucional. 3. Competencia y procedimiento. 4. Otros aspectos de la inmunidad en la Constitución. 5. El Código de 1991. III. El procedimiento contra magistrados: 1. La promoción de la acción penal. 2. Competencia y procedimiento. 3. El Código de 1991. IV. El procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas: 1. Aspectos generales. 2. La investigación preliminar del delito. 3. Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar. 4. La legislación sobre lavado de activos: Reglas de investigación y de presentación. 5. Técnicas especiales de investigación. 6. Intervención y control de comunicaciones. 7. Procedimiento para los delitos de tráfico ilícito de drogas. 8. Fármaco dependencia: Tratamiento específico. V. El procedimiento por delitos fiscales: 1. Aspectos generales. 2. Disposiciones comunes. 3. El procedimiento penal tributario. 4. El procedimiento penal aduanero. 5. Las modificaciones procesales de la Ley Nº 27038. VI. El procedimiento por delito de terrorismo: 1. Aspectos generales. 2. La fase procesal de investigación del delito de terrorismo. 3. El procedimiento penal. Especialidades. VII. El procedimiento contra reos ausentes: 1. Aspectos generales. 2. Reglas especiales para el ausente y el contumaz.

I. ASPECTOS GENERALES

Las especialidades procedimentales, como ya se dejó expuesto, se estructuran sobre la base del procedimiento común-ordinario. Se organizan en dos grandes rubros: 1. *Especialidades procedimentales por razón de las personas*: a) procedimiento contra altos dignatarios; y, b) procedimiento contra magistrados. 2. *Especialidades procedimentales por razón de la materia*, que están en relación con determinados delitos: a) tráfico ilícito de drogas; b) fiscales: tributarios y aduaneros; c) terrorismo clásico; y, d) delitos agravados. Otra especialidad procedimental está relacionada con el procedimiento contra reos ausentes.

En rigor, como apunta MONTÓN REDONDO, no nos encontramos ante procedimientos distintos a los ordinarios, sino con un conjunto de particularidades en la forma de iniciarse la actividad procesal; el procedimiento preliminar o las medidas cautelares, pero no al procedimiento en sí, que se desarrollará conforme a las reglas generales vistas en su momento [35].

II. EL PROCEDIMIENTO CONTRA ALTOS DIGNATARIOS

1. INTRODUCCIÓN

El art. 99º de la Constitución reconoce, en tanto *condición de procedibilidad*, esto es, como requisito que ha de concurrir para que pueda perseguirse judicialmente al autor de un delito, un supuesto de *inmunidad* para los siguientes Altos Dignatarios: **a)** Presidente de la República; **b)** representantes al Congreso; **c)** Ministros de Estado; **d)** miembros del Tribunal Constitucional; **e)** miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; **f)** vocales de la Corte Suprema; **g)** fiscales Supremos; **h)** Defensor del Pueblo; e, **i)** Contralor General. Esta inmunidad, en lo que nos ocupa, abarca la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas. Con esta finalidad impone, con carácter previo al procedimiento judicial, el procedimiento parlamentario de *antejuicio o acusación constitucional*. Se trata, como apunta MONTERO AROCA, de tutelas judiciales privilegiadas [36].

Es de tener presente que la inmunidad es temporal –se mantiene durante el ejercicio del cargo y hasta cinco años después de su cese, pero siempre por delitos funcionales– y que exige como garantía política adicional, a la luz del art. 100º de la Constitución, la necesidad de una autorización que otorga el Congreso para el procesamiento penal del Alto Dignatario.

---

[35] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 514.

[36] MONTERO AROCA, Juan: "Los privilegios en el proceso penal", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 108.

La regulación del procedimiento político de antejuicio o acusación constitucional correspondió, en un primer momento –durante la vigencia del denominado "Congreso Constituyente Democrático"–, a las Leyes Nº 26231, de 6 de octubre de 1993, y 26331, de 30 de julio de 1994; y, en un segundo momento, con la vigencia de la actual Constitución, al Reglamento del Congreso, cuyo Texto Único Ordenado fue publicado el 30 de junio de 1998.

2. EL ANTEJUICIO O ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

Según lo prescrito en el art. 89º del TUO del Reglamento del Congreso, la denominada "denuncia constitucional" puede ser interpuesta por cualquier Congresista o por la persona que se considere directamente agraviada por el delito que se impute al Alto Dignatario; por consiguiente, no cabe acción popular. La denuncia se presenta por escrito, debe ser fundada y debe acompañarse con la prueba instrumental pertinente o la indicación del lugar donde se encuentra. La ausencia de estos requisitos determina la declaración de improcedencia de la denuncia.

Las solicitudes presentadas por las personas directamente agraviadas son puestas, por siete días naturales, a conocimiento de los Congresistas y se lee de ella una breve sumilla en la siguiente sesión del Pleno o de la Comisión Permanente. Si ningún congresista la hace suya se remite a la Comisión Permanente Calificadora, a quien corresponde su calificación desde el punto de vista de los requisitos de procedibilidad: que no adolezca de un defecto de forma, según lo expuesto en el párrafo anterior; que el agraviado sea persona capaz o esté debidamente representado; que el denunciante sea directamente responsable por los hechos denunciados; que los hechos constituyan delito y que se dirijan contra los Altos Dignatarios fijados en el art. 99º de la Constitución. Sólo si las denuncias presentadas por los directamente agraviados son declaradas procedentes por la Comisión Especial, así como todas las denuncias presentadas o hechas suyas por un Congresista, serán remitidas a la Comisión Permanente del Congreso, la cual nombrará en su seno una Subcomisión y a su Presidente.

La indicada Subcomisión debe realizar un trámite preliminar en el caso de que la denuncia constitucional haya sido presentada o hecha suya por un Congresista: evaluará si los hechos denunciados constituyen presunto delito o infracción constitucional. De no cumplir con este

requisito, se elaborará un informe proponiendo el archivo de la denuncia. La Subcomisión tiene el encargo de realizar las investigaciones pertinentes y presentar su informe a la Comisión Permanente.

La Subcomisión, en *primer lugar*, debe poner en conocimiento de sus miembros el tenor de la denuncia, para que en el plazo de cinco días formulen sus preguntas, cuyo pliego debe ponerse en conocimiento del denunciante y del denunciado; en *segundo lugar*, debe correr traslado a estos últimos por el plazo de diez días útiles para que formulen su descargo por escrito y ofrezcan las pruebas que consideren necesarias; en *tercer lugar*, recibidos los descargos y puestos en conocimiento de los miembros de la Subcomisión, se procederá a evaluar si procede la actuación de pruebas, tanto de las pedidas por denunciante y denunciado, como de las pedidas por los miembros de la propia Subcomisión; en *cuarto lugar*, aceptada las pruebas ofrecidas, éstas se actuarán en una Audiencia, que será privada si se imputa la comisión de un delito, a menos que el denunciado acepte la publicidad de la misma; en *quinto lugar*, a la actuación de pruebas, sigue los informes o alegatos del denunciante y denunciado, finalizando la misma con el interrogatorio al denunciado y al denunciante, a cuyo vencimiento corresponderá la emisión del informe final correspondiente, que será remitido a la Comisión Permanente.

La Comisión Permanente decidirá inmediatamente, sin debate, si el informe de la Subcomisión es por la absolución de cargos. En cambio si es por la acusación, se votará previo debate. Sólo en el caso de que la votación de la Comisión Permanente sea por la aprobación del informe acusatorio, se nombra una Subcomisión acusadora, a efecto de que sustente el informe y formule acusación en su nombre ante el Pleno del Congreso.

El Pleno del Congreso, luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional, previo debate, decide pronunciándose si hay o no lugar a formación de causa a consecuencia de la acusación. Si se vota porque haya lugar a la formación de causa, acusado automáticamente queda en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley. Este acuerdo, inclusive el denegatorio, debe constar en la Resolución del Congreso.

Durante todo el procedimiento de acusación constitucional, precisa el último párrafo del art. 89º del TUO del Reglamento del Congreso, el denunciado puede ser asistido o representado por abogado.

Es de acotar que la inmunidad en análisis tiene como finalidad esencial proteger a los Altos Dignatarios de quienes, por móviles políticos, intenten utilizarlo como medio para impedirles asistir a sus actividades, alterando la composición o el funcionamiento del órgano constitucional al que pertenecen. Por tanto, como aclara MONTÓN REDONDO, esto supone que lo que no puede hacer el Congreso es denegar la resolución acusatoria contra un Alto Dignatario intentando justificar su conducta, si pudiera tipificarse como presuntamente punible y no produjera, por sí, las referidas alteraciones políticas [37].

Tradicionalmente se ha venido sosteniendo –y es moneda corriente en el Perú– que la denegación de autorización para imputar es un acto de voluntad política que el Congreso ha de realizar atendiendo a criterios de oportunidad y que, por lo mismo, ese acto no podía ser controlado jurídicamente, no siéndole aplicable la doctrina sobre la arbitrariedad de los actos administrativos. Esta conclusión, apunta MONTERO AROCA, ha sido desechada expresamente, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia Nº 90/1985, de 22 de julio, con la que se debe estar de acuerdo, por cuanto la denegación del procesamiento puede impedir la tutela judicial efectiva si no se ejerce conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad persigue, por lo que corresponde a la jurisdicción constitucional controlar si el juicio de oportunidad utilizada por el Congreso se ha producido en términos razonables o argumentales [38].

3. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Según el art. 17º del Código de 1940, en concordancia con el art. 34º del TUO de la LOPJ, corresponde a las Salas Penales de la Corte Suprema la investigación y enjuiciamiento de los delitos que se imputan contra los Altos Dignatarios comprendidos en el art. 90º de la Constitución, que por lo demás no comprenden a los Vice-Ministros [39].

---

[37] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 516.

[38] MONTERO AROCA: "Los privilegios en el proceso penal", cit., pp. 117-118.

[39] Ejecutoria suprema de 31 de enero de 1992, Exp. Nº 9-92, La Libertad (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 321).

En tal virtud, una de las Salas Penales de la Corte Suprema designa como Vocal Instructor al Vocal menos antiguo, constituyéndose los otros tres Vocales Supremos en Sala Penal Especial. Otra Sala Penal será la encargada de conocer el recurso de nulidad.

En cuanto a la promoción de la acción penal, se entiende que el Ministerio Público no puede proceder a menos que el Congreso dicte la correspondiente resolución acusatoria de carácter penal, previo procedimiento parlamentario de antejuicio o acusación constitucional. Si la Fiscalía, o cualquier autoridad, en el ejercicio de sus funciones encuentran indicios de participación delictiva funcional de un Alto Dignatario deberá poner el hecho en conocimiento de la Comisión Permanente del Congreso para que proceda conforme a sus atribuciones.

El tercer párrafo del art. 100º de la Constitución prescribe que la resolución acusatoria de contenido penal es remitida al Fiscal de la Nación, quien por el solo mérito de los actuados parlamentarios, que se le remitirán anexos a la indicada resolución parlamentaria, debe formular denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. Igualmente, una vez que la Sala Penal Suprema ha designado al Vocal Instructor, éste deberá abrir instrucción obligatoriamente. En el procedimiento judicial deben intervenir, igualmente, Fiscales Supremos, tanto en la etapa de instrucción, cuanto en la intermedia y en el enjuiciamiento, así como en el recurso de nulidad.

El último párrafo del art. 100º de la Constitución precisa que "*Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso*". De esta norma se derivan dos conclusiones: la *primera*, que la resolución acusatoria del Congreso es vinculante al Ministerio Público y al Poder Judicial (el Juez no podrá dejar de abrir instrucción y sólo puede hacerlo por los delitos o hechos punibles objeto de imputación); y, la *segunda*, que la posibilidad de comprender un nuevo delito en el curso del proceso, está condicionada a la expresa autorización parlamentaria.

La causa se sigue, como ya se dejó expuesto, bajo el trámite del procedimiento común–ordinario, pero a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Este procedimiento puede comprender inclusive, en caso de existir concurso de personas, a individuos no aforados, en virtud de la unidad de investigación [40]. La sentencia absolutoria devuelve al acusa-

[40] Ejecutoria suprema de 3 febrero de 1982, Exp. Nº 12-81, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 59-61).

do sus derechos políticos, es decir, deja sin efecto, de pleno derecho, la suspensión para el ejercicio del cargo, la inhabilitación hasta por diez años y la destitución, si es que la resolución acusatoria también haya importado la imposición de dichas sanciones políticas.

4. OTROS ASPECTOS DE LA INMUNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Existen dos grupos de especialidades, según se trate del Presidente de la República, de un lado, y de los Congresistas y del Defensor del Pueblo, de otro. En el caso del Presidente de la República, como se sabe y merced a lo dispuesto en el art. 117º de la Constitución, sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria, por impedir las acciones, por disolver el Congreso ilegalmente, por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del Sistema Electoral. Otra posibilidad es que el Congreso, ante la comisión de un delito común o un delito funcional especialmente grave, lo declare incapaz moralmente para ejercer el cargo y, por ende, sancione la vacancia de la Presidencia de la República de conformidad con lo dispuesto en el art. 113º.2 de la Constitución [41].

Los Congresistas y el Defensor del Pueblo tienen otra clase de inmunidad, que es el *aforamiento*, el mismo que está vinculado a la comisión de delitos comunes. *Ello significa que la prerrogativa de la inmunidad consta tanto del antejuicio como de dos privilegios añadidos: no pueden ser detenidos y no pueden ser sometidos a proceso sin previa autorización del Congreso.* El art. 93º *in fine* señala que los Congresistas y –por extensión del art. 161º de la Constitución– el Defensor del Pueblo no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento, es decir, proceda al *desafuero*.

El art. 16º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso precisa, *en primer lugar*, que esta inmunidad está radicada a las persecuciones penales; *en segundo lugar*, que la petición para que se levante la

[41] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 308-309.

inmunidad y se autorice el procesamiento penal, sólo puede ser formulada por la Corte Suprema de Justicia, cuya solicitud debe ir acompañada de copia auténtica del expediente judicial, conteniendo todos los actuados en la investigación policial, fiscal o judicial respecto del o de los supuestos delitos objeto de imputación; *en tercer lugar*, que corresponde a la Comisión Calificadora del Congreso citar al dignatario aludido para que ejerza personalmente su derecho de defensa, pudiendo ser asistido por un abogado defensor; *en cuarto lugar*, la Comisión Calificadora, con el solo mérito de los actuados y la declaración del requerido, evaluará si la petición tiene motivación estrictamente legal y no de índole política, racial, religiosa u otras, dictaminando en el plazo máximo de 30 días naturales; *en quinto lugar*, que corresponde al Pleno del Congreso evaluar, debatir, rechazar o aprobar el dictamen de la Comisión Calificadora, a cuyo efecto en una sesión escucha y debate el dictamen y la defensa, que tiene hasta 60 minutos para informar en el Pleno; y, *en sexto lugar*, que sobre esa base el Pleno decide el levantamiento del fuero, para lo cual se requiere la mitad más uno del número legal de Congresistas.

En este caso, ha sancionado el Alto Tribunal, el delito común objeto del desafuero y de la correspondiente promoción de la acción penal se tramita ante el Juzgado Penal en la vía ordinaria que corresponda y no ante la Corte Suprema [42].

5. EL CÓDIGO DE 1991

El art. 375º.1 del Código de 1991 regula el procedimiento contra los Altos Dignatarios. Da por sentado el privilegio del antejuicio o acusación constitucional y, sobre esa base, encarga a la Corte Suprema la tramitación del proceso penal.

Precisa que la investigación la realizará el Fiscal Supremo que corresponda; que la jurisdicción preventiva la asumirá el Vocal Supremo menos antiguo, el enjuiciamiento lo hará la Sala Penal Suprema. La apelación será resuelta por la Sala en lo Contencioso-administrativo. Sin duda alguna este reparto competencial funcional no guarda armonía con la actual organización del Poder Judicial y del Ministerio Públi-

[42] Ejecutoria suprema de 31 de agosto de 1989, Exp. Nº 744-89, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 269-271).

co, al existir –en el primer caso– una Sala Penal Permanente y dos Provisionales, lo que obligaría a radicar la competencia sólo entre estas tres Salas. Igualmente, a nivel de la Fiscalía Suprema, existen una Fiscalía Suprema Titular y tres provisionales, situación que exigiría decidir entre los cuatro a los Fiscales Supremos que intervendrán en la causa a nivel instrucción, enjuiciamiento y procedimiento recursal.

III. EL PROCEDIMIENTO CONTRA MAGISTRADOS

Fuera del caso de los Vocales y Fiscales Supremos, la persecución penal contra miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público está sometida a un procedimiento con *garantías reforzadas*, que se expresa en dos niveles: a) en la promoción de la acción penal; y, b) en la competencia material.

1. La promoción de la acción penal

El art. 66º.4 de la LOMP establecía como atribución del Fiscal de la Nación "*decidir el ejercicio de la acción penal contra los jueces de segunda y primera instancia por delitos cometidos en su actuación judicial cuando la denuncia o queja procede del Ministro de Justicia, de una Junta de Fiscales o del agraviado... En estos casos, el Fiscal de la Nación instruirá al Fiscal que corresponde para que la ejercite...*". Posteriormente, la Ley Nº 26623, de 19 de junio de 1996, modificada finalmente por la Ley Nº 26738, de 7 de enero de 1997, entregó esa atribución a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

El Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía de Control Interno, aprobado por Resolución Nº 337-98-MP-CEMP, publicado el 25 de abril de 1998, encargó a dicha Fiscalía que de oficio o por denuncia de parte, abra la investigación correspondiente, cuando tome conocimiento de una conducta presumiblemente delictuosa cometida en el ejercicio de la función por los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (art. 48º). El mencionado Reglamento, en su art. 1º, preceptúa que le corresponde recibir y procesar las denuncias por delitos cometidos en el ejercicio de la función contra: Fiscales Superiores, Provinciales y Adjuntos en general; Vocales Superiores, Jueces Especializados y Mixtos y Juez de Paz Letrados del Poder Judicial, para que se

decida el ejercicio de la acción penal en su contra, con excepción de los Vocales y Fiscales Supremos (ellos, como ya se estudió, están sujetos al procedimiento parlamentario de acusación constitucional),

Las denuncias deben presentarse ante la mencionada Fiscalía, y se tramitarán bajo el siguiente procedimiento preliminar (art. 49º): **a)** debe tratarse de una denuncia escrita fundada, aunque excepcionalmente pueden recibirse denuncias verbales levantándose el acta correspondiente (art. 28º); **b)** en el plazo de 60 días, se notifica al magistrado denunciado para que efectúe el descargo, el mismo que puede ser por escrito o, en todo caso, recibirá su declaración, luego de lo cual se procederá a reunir la información necesaria para el debido esclarecimiento de los hechos; **c)** concluida la investigación o vencido el plazo, el Fiscal designado o la Comisión encargada (arts. 13º y 14º), elevarán un informe al Fiscal Supremo de Control Interno, que contendrá la reseña de los antecedentes del caso, la evaluación de los hechos, la fundamentación jurídico penal correspondiente con indicación del tipo penal respectivo y las conclusiones; **d)** El Fiscal Supremo de Control Interno, si no encuentra indicios razonables de comisión delictiva dictará resolución ordenando el archivo definitivo de la denuncia, en caso contrario elevará lo actuado al Órgano de Gobierno del Ministerio Público para que decida el ejercicio de la acción penal. La resolución de archivo del Fiscal Supremo es apelable ante el Órgano de Gobierno (art. 50º), cuya decisión es inimpugnable.

Es de tener presente, en *primer lugar*, que el Fiscal encargado o la Comisión encargada, sea de la Sede Central o una Distrital Descentralizada, están facultadas para calificar las denuncias, decisión que se circunscribirá a la apreciación de si los hechos denunciados constituyen delito y si éste tiene el carácter de funcional, propio de la competencia excepcional de este procedimiento; en este caso, la resolución puede ser apelada ante el Fiscal Supremo de Control Interno, con cuya decisión termina la incidencia (arts. 15º 'd' y 31º). En *segundo lugar*, que en caso se intervenga a un magistrado en flagrante delito, en esa diligencia participará el Fiscal miembro de la Fiscalía de Control Interno, según la jerarquía del magistrado contra quien se proceda (excepcionalmente y por razones de fuerza mayor se delegará la intervención en tales hechos al Fiscal pertinente del Distrito Judicial correspondiente), el mismo que elevará de inmediato el informe respectivo al Órgano de Gobierno, para que se dicte la resolución que decida el ejercicio de la acción penal (art. 49º.5).

Por consiguiente, sólo es posible que se persiga penalmente a un Fiscal o un Juez, con excepción del Juez de Paz, previa resolución del Órgano de Gobierno del Ministerio Público, en cuanto se encuentren indicios razonables de comisión delictiva. Para este efecto, el Ministerio Público ha diseñado un procedimiento preliminar que garantiza el contradictorio y permite el derecho de defensa previo del magistrado denunciado.

Como ya se dejó establecido, la necesidad de que el órgano de gobierno del Ministerio Público decida el ejercicio de la acción penal por delitos funcionales perpetrados por jueces y fiscales de segunda y primera instancia constituye un requisito de procedibilidad, cuya omisión da lugar a la interposición de una cuestión previa. La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, ratificando esta posición, al punto de haber deducido de oficio la cuestión previa, declarado nulo todo lo actuado y dando por no presentada la denuncia formulada por el Ministerio Público [43].

Tratándose de delitos flagrantes perpetrados por jueces, se ha pretendido sostener que la norma anterior es inaplicable, no siendo necesaria la decisión de ejercicio de la acción penal por el órgano de gobierno del Ministerio Público, por así disponerlo el art. 191º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta norma, sin embargo, sólo instituye una garantía contra la detención en caso de comisión de delitos funcionales; por lo demás, en el caso de delito flagrante se señala que el magistrado *"...debe ser conducido de inmediato a la Fiscalía competente, con conocimiento del Presidente de la Corte respectiva, por la vía más rápida y bajo responsabilidad"*. La conducción del magistrado a la Fiscalía competente obviamente tiene una definida finalidad penal y persigue la formalización de una denuncia en su contra en aras de la incoación del respectivo proceso penal, empero, ello no es implicante con la exigencia mayor de instar la intervención del Órgano de Gobierno del Ministerio Público. A este efecto el propio Reglamento de Organización y Funciones de Fiscalía Suprema de Control Interno rodea de mayores garantías al magistrado al imponer la presencia de un fiscal en la diligencia de detención en flagrancia delictiva y disponer el inmediato informe del mismo al Órgano de Gobierno para la decisión del ejercicio de la acción penal. No existen excepciones, que muy bien podría imponerse en ca-

[43] Ejecutoria suprema de 3 de noviembre de 1998, Exp. Nº 2373-98-Lima.

sos de flagrancia delictiva con el concurso de un Fiscal, a la resolución autoritativa del Órgano de Gobierno del Ministerio Público.

2. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El art. 34º del TUO de la LOPJ establece que es competencia de las Salas Penales de la Corte Suprema la investigación y el enjuiciamiento de los Vocales y Fiscales Superiores, de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, así como de los funcionarios que señala la ley. Estos últimos, como está claro, no tienen la garantía reforzada de la previa intervención del Órgano de Gobierno del Ministerio Público. De igual manera, el art. 41º del TUO de la LOPJ establece que es competencia de las Salas Penales Superiores el proceso por delito cometido en el ejercicio de sus funciones, por los Jueces Especializados o Mixtos, Jueces de Paz Letrados y Jueces de Paz, así como otros funcionarios señalados por la ley aunque hayan cesado en el cargo (aquí, sin duda alguna, están comprendidos los Fiscales Provinciales y los Adjuntos).

Los Jueces de Paz no tienen la garantía reforzada de la previa intervención del Órgano de Gobierno del Ministerio Público. De conformidad con el art. 1º *in fine* del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público y el art. 41º.4 del TUO de la LOPJ los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones serán de conocimiento de la Sala Penal Superior respectiva y del Fiscal Superior de la Penal que corresponda, quien decidirá el ejercicio de la acción penal en su caso, tal como lo ha ratificado la Corte Superior del Cono Norte de Lima en la Ejecutoria Superior de fecha 28 de agosto de 1998, recaída en el Exp. Nº 498-98 [44].

En ambos casos, según la competencia corresponda a las Salas Penales Supremas o a las Superiores, éstas nombrarán entre sus integrantes al Vocal Instructor y determinarán los integrantes de la Sala Penal Especial que conocerá de las apelaciones y de las etapas intermedia y de enjuiciamiento. El recurso de nulidad será de conocimiento de la Sala Penal Suprema pertinente.

El procedimiento es el común ordinario. La fase declarativa está integrada por las etapas de instrucción, intermedia y de enjuiciamiento.

---

[44] *Revista de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima*, Nº 1, diciembre, Lima, 1998, p. 109.

La primera está a cargo de un Vocal Instructor y las restantes de una Sala Penal Especial integrada por tres Vocales. La impugnación es conocida por la Corte Suprema, a través de una de sus Salas Penales.

3. EL CÓDIGO DE 1991

El art. 375º señala que, en estos casos, la investigación –tratándose de Fiscales y Vocales Superiores y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar– la practicará el Fiscal Supremo que corresponda, la jurisdicción preventiva la asumirá el Vocal Supremo menos antiguo, el enjuiciamiento lo hará la Sala Penal Suprema; la apelación será resuelta por la Sala en lo Contencioso-administrativo. Es de tener presente que esa norma se elaboró sobre la base de que en el supremo Tribunal exista una sola Sala Penal, de ahí que consideró que la impugnación debía ser resuelta por la Sala Contencioso-administrativa.

El inc. 2 del citado art. 375º prescribe que cuando los delitos funcionales provengan del Juez de Primera Instancia (Juez Especializado según la LOPJ), el Fiscal Provincial y otros funcionarios que señale la ley, la investigación la realizará el Fiscal Superior, la jurisdicción preventiva la tendrá el Vocal Superior menos antiguo, el enjuiciamiento corresponde a la Sala Penal Superior y la apelación será resuelta por la Sala Penal Suprema.

El inc. 3 introduce cambios sensibles, puesto que al Juez de Paz Letrado y al Fiscal Provincial Adjunto, así como al Juez de Paz No Letrado, que en la normatividad vigente se les homologa a la competencia del Superior Tribunal, con dicha ley serán instruidos y juzgados por el procedimiento de los delitos menos graves u ordinario según la nomenclatura de dicho Código: la investigación corresponde al Fiscal Provincial, el juzgamiento al Juez Penal y la resolución de la apelación a la Sala Penal Superior.

IV. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1. ASPECTOS GENERALES

El delito de tráfico ilícito de drogas ha generado una legislación muy compleja, que no sólo intentó cubrir todos los ámbitos de las actividades productivas e involucró, en su día, tanto a la Policía Nacional y al

Ministerio Público, como es obvio, cuanto también a las Fuerzas Armadas (*vid.* en especial, arts. 7º y 8º del Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996). Esta legislación, que inclusive desarrolló específicamente la función preventiva o de control previo a cargo de la Policía Nacional (*vid.* arts. 7º, 8º, 15º-17º del Decreto Ley Nº 25623, de 22 de julio de 1992, y arts. 5º y 9º del Decreto Legislativo Nº 824) se ha venido desarrollando de acuerdo a sus propias reglas, las de la denominada "*emergencia penal*", de ahí que presente singularidades muy marcadas, que aún pese a la restauración democrática todavía no ha sido corregida a sus estrictos límites razonables.

Tal vez una línea de intervención tan amplia, con preponderancia de la actividad *cuasi* autónoma de las Fuerzas de Seguridad, y cuyas normas paradigmáticas podrían ser los arts. 5º [45] y 9º [46] del Decreto Legislativo Nº 824, se explica no sólo por una manifiesta vocación de exclusión del control jurídico sobre la actividad de la administración, sino también a partir de la amplitud con que es concebido el bien jurídico tutelado en el delito de tráfico ilícito de drogas. La Corte Suprema ha expresado que "si bien es cierto que genéricamente este delito agrede a la salud pública, como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana, con efectos muchas veces irreversibles, causando inclusive la degeneración genética con imprevisibles consecuencias futuras para la humanidad y por el mismo motivo la incidencia de estos delitos también afecta la estructura social, política, cultural y económica de los Estados" [47]. Esta doctrina jurisprudencial no hace sino constatar que nuestro máximo Tribunal se afilia a la tesis de que el delito de tráfico de drogas es pluriofensivo, lo que debe ser criticado en tanto, como dice COBO DEL ROSAL, confunde los motivos de política criminal que

---

[45] Decreto Legislativo Nº 824, Artículo 5º: "La Policía Nacional a través de sus órganos especializados, es la entidad encargada de prevenir, investigar y combatir el delito de tráfico ilícito de drogas, en sus diversas manifestaciones [...]".

[46] Decreto Legislativo Nº 824, Artículo 9º: "Para la correcta aplicación de las medidas en lucha contra el tráfico ilícito de drogas, en todas sus modalidades, la Policía Nacional, deberá adecuar obligatoriamente sus normas y procedimientos de trabajo a las Directivas que sobre la materia dicte el Ministerio del Interior".

[47] Ejecutoria suprema de 3 de agosto de 2000, Exp. Nº 2113-98, Lima (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 53-57.

subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico; y porque, en palabras de GARCÍA-PABLOS, no toma en cuenta que la comisión de un delito por un drogadicto que genera inseguridad ciudadana, más que un efecto del tráfico de drogas, constituye un efecto de la enfermedad generada por el uso de la droga [48].

Siendo así, y dados los términos de la posición de la Corte Suprema, como está en juego –según la opción acogida– la propia supervivencia de la especie humana, cae por su propio peso la pretendida justificación de una lógica de intervención amplísima y la asunción de una perspectiva restrictiva de derechos, en aras de garantizar la eficacia de la represión.

La persecución del delito de tráfico ilícito de drogas forma todo un subsistema normativo. Las normas específicas de este modelo legal son dos: (1) El Decreto Ley Nº 22095, de 2 de marzo de 1978, complementado por el Decreto Ley Nº 22926, de 13 de marzo de 1980. (2) El Decreto Legislativo Nº 824 –Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas–, de 24 de abril de 1996. Asimismo, se integran a este complejo normativo otras tres normas que más bien están destinadas a la delincuencia organizada, pero que expresamente se refieren, como uno de sus supuestos, al delito de tráfico ilícito de drogas: la primera. (3) La Ley Nº 27379 –Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares–, de 21 de diciembre de 2000; la segunda. (4) La Ley Nº 27765 –Ley penal contra el lavado de activos–, de 27 de junio de 2002, con su complementaria Ley Nº 27693 –Ley de creación de la Unidad de Investigación Financiera–, de 12 de abril de 2002, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 163-2002-EF, de 31 de octubre de 2002; y, la tercera. (5) La Ley Nº 27697 –Ley de Control de las Comunicaciones–, de 12 de abril de 2002. En esa misma perspectiva, cierran este subsistema, de un lado. (6) La Ley Nº 26320 –que crea el procedimiento de terminación anticipada–, de 2 de junio de 1994. Y (7) el Decreto Supremo Nº 008-98-JUS –Reglamento del Decreto Legislativo Nº 824–, que instaura un procedimiento por colaboración especial, y precisa el ámbito de los beneficios procesales y penitenciarios excepcionales, de 15 de agosto de 1998.

Un primer acercamiento a esta dispersa legislación permite advertir su falta de coherencia interna, que se explica no sólo por los diferen-

[48] JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, Bosch, Barcelona, 1999, p. 39.

tes momentos de expedición de cada norma, sino porque en muchos casos varias de sus disposiciones colisionan frontalmente con la Constitución y, especialmente, con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, se aprecia que esta legislación está muy condicionada por el Derecho Internacional Penal, a través de la Convención de Viena sobre la represión del tráfico de sustancias estupefacientes de 19 de diciembre de 1998, que amplió la represión del narcotráfico a sus aspectos económicos y a los insumos, así como concibió un mecanismo de "ayuda judicial recíproca" de carácter universal, expandió el decomiso, abolió la reserva fiscal y el secreto bancario, e introdujo nuevas técnicas de investigación [49].

2. La investigación preliminar del delito

Tal vez el punto sustancial de inicio para configurar esta *fase preprocesal* es tener presente como criterio rector, en primer lugar, lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 005-2001-I/TC, de 15 de noviembre de 2001, que ratifica que el Ministerio Público es el conductor de la investigación y que la Policía desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público. Ello significa que su actividad es de apoyo o auxilio al órgano de persecución del delito; por tanto, no es de recibo sostener que la "Policía Nacional a través de sus órganos especializados, es la entidad encargada de [...] investigar y combatir el delito de tráfico ilícito de drogas, en sus diversas manifestaciones" (*vid.* art. 5º del Decreto Legislativo Nº 824), sin hacer referencia en el ámbito investigatorio al rol directivo del Ministerio Público. Y, en segundo lugar, lo estatuido por la Ley Nº 27934 Párrafo II, de 12 de febrero de 2003, que establece que la investigación preliminar corresponde, como su titular, al Ministerio Público, y que la Policía sólo interviene en ella ante la imposibilidad de hacerlo el Fiscal, y sin perjuicio de informarle en el término de veinticuatro horas más el término de la distancia su avocamiento inmediato a la investigación del delito.

Como ya se anotó al comentar esa norma, la Policía interviene a prevención y sólo para realizar, de *motu proprio*, diligencias necesarias,

[49] Saavedra Rojas, Edgar y Del Olmo, Rosa: *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Temis, Bogotá, 1991, pp. 4-7.

urgentes o las denominadas "primeras diligencias" o actuaciones de inmediata intervención, todas ellas tendentes: (1) a la averiguación y al descubrimiento de los presuntos responsables y circunstancias de los hechos delictuosos; (2) al aseguramiento de los implicados –deteniéndolos, si es del caso, e identificándolos en todo momento–; (3) a la ocupación de los bienes que provienen del delito o están relacionados con su ejecución; y, (4) a la protección de los ofendidos y perjudicados por el delito [50]. A estos efectos, el art. 1º de la Ley citada regula un conjunto de atribuciones y cometidos, cuya enumeración es taxativa: recibir denuncias, realizar registros de personas, efectuar el recojo y conservación de bienes vinculados al delito, identificar a los implicados, interrogar a los testigos, elaborar planos y llevar a cabo operaciones técnicas, detener a los autores y partícipes, inmovilizar documentos y todo material que puede servir a la investigación, ingresar en flagrante delito [*sic*] a locales de uso público o abiertos al público, y reunir cuanta información adicional de urgencia permita la Criminalística.

El art. 60º CPP, que no ha sido derogado por la nueva normativa, dispone que las investigaciones preliminares de la Policía, realizada de *motu proprio* o a comisión, deben materializarse en un documento denominado "*Atestado Policial*". El párrafo final del art. 1º de la Ley Nº 27934 establece propiamente que las *diligencias de investigación* [51], donde se concreta la labor policial en orden a la comprobación y esclarecimiento de los hechos delictivos, se plasmen en actas. Estas actas tienen, en puridad, una vida independiente, de allí su exigencia de completitud, y son las que el Fiscal debe examinar detenidamente, evaluando su legalidad y utilidad, y que por cierto puede ordenar rehacer o que se lleven a cabo bajo su dirección inmediata.

En consecuencia, no existe una investigación policial autónomamente configurada, como era la base de principio del Decre-

---

[50] ALONSO PÉREZ, Francisco; DELGADO MARTÍN, Joaquín; BARALLAT LÓPEZ, Juan; PASTOR MOTTA, Luis: *Los juicios rápidos*, Colex, Madrid, 2002, pp. 33 y 43.

[51] Señala ALONSO PÉREZ (ALONSO PÉREZ *et al.*: *Los juicios rápidos*, cit., pp. 50-52) que también integran el Atestado Policial las *diligencias de iniciación* (cómo se llega a la noticia criminal), las *diligencias de trámite* (sirven para coordinar y estructurar el resto de las diligencias del Atestado, entre las que destacan las de información de derechos de detenido, la remisión a un centro médico del reo, etc.), y las *diligencias de remisión*, que incorporan las evaluaciones del investigador y los datos del Atestado.

to Ley Nº 22095. Desde esta perspectiva deben entenderse abrogadas las disposiciones 71º a 74º de dicho Decreto Ley. En efecto:

A. La *detención imputativa ex officio* dictada por la Policía sólo puede efectuarse mediando flagrante delito y, en cuanto a su término, hasta por 15 días, de conformidad con el art. 2º.24, f) de la Constitución y lo interpretado por el Tribunal Constitucional, entre otros, en el Asunto "Francisca Acosta Agüero", de 2 de julio de 1998, y, fundamentalmente, en el Asunto "Silvestre Uscamayta Estofanero", de 1 de diciembre de 1999. Por lo demás, la Ley Nº 27934 proporciona una definición de la flagrancia delictiva –interpretación auténtica–, que inclusive acepta la *cuasi flagrancia*, caso en el cual debe noticiar el hecho al Fiscal y al Juez Penal. A ello se agrega que, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, la incomunicación de un detenido, por ser una medida limitativa de un derecho fundamental, sólo puede ser dispuesta por un Juez [51 bis].

B. El *allanamiento y registro* de depósitos, fábricas o centros de distribución de drogas, es decir, si se trata de un lugar cerrado, está condicionado a la preceptiva autorización judicial. Cabe acotar, con ARAGONESES MARTÍNEZ, que la noción instrumental de "flagrancia" no rige tratándose de los denominados *delitos de tenencia*, en los que el elemento de urgencia, que integra el contenido esencial del concepto de flagrancia, no se presenta y, muy bien, puede –tomadas las seguridades del caso– esperar la preceptiva orden judicial [52]. En este caso, como es obvio, el Fiscal –que tiene el señorío de la investigación– deberá solicitar la orden judicial de entrada y registro, prevista en el art. 2º. 9 de la Constitución. No

---

[51 bis] Debe tenerse presente que adicionalmente la Constitución impone al detenido de conocer los motivos de su detención. Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto "H. B. vs. Suiza", de 5 de abril de 2001, estipuló: "La Corte remarca que el parágrafo 2 del artículo 5º enuncia una garantía elemental: toda persona detenida debe saber el porqué. Integra el sistema de protección que ofrece el artículo 5º, esto es, la obligación de señalar a cada persona dentro de un lenguaje simple y accesible para ella, las razones jurídicas y fácticas de su privación de libertad, a los efectos de que ella pueda discutir la legalidad ante un tribunal en virtud del parágrafo 4. Ella debe aprovecharse de sus informaciones 'dentro de un plazo breve', pero el policía que lo detiene no le puede informar de todo de forma inmediata. Para determinar si ellas –las informaciones– son bastantes y suficientes prontas, debe ser evaluado de acuerdo a las particularidades de la causa".

[52] Cfr.: DE LA OLIVA SANTOS *et al.: Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., pp. 367-368.

es necesaria la orden judicial cuando el titular del predio o el que lo habita autoriza el ingreso y registro, caso en el que siempre la carga de la prueba corre a cargo de la autoridad. De otro lado, como enseña RODRÍGUEZ SOL, cuando se trate de un detenido –vista la situación de 'intimidación ambiental' en que se encuentra por su privación de libertad a cargo de la Policía–, su consentimiento al registro, al tratarse en principio de una *diligencia de declaración*, requerirá la asistencia y consentimiento de un abogado defensor [53].

C. *La restricción del derecho a la libertad deambulatoria*, en concreto de la libertad de tránsito por razones de persecución penal, de conformidad con el art. 2º.11 de la Constitución sólo puede ser dispuesta por la autoridad judicial. Con ese efecto, el art. 2º, segundo párrafo, de la Ley Nº 27934, permite al Fiscal solicitar al Juez dicte una medida restrictiva de la libertad personal.

D. El traslado de un detenido de un lugar a otro, por la función ejecutiva de la Policía no puede ser dispuesta por ella, sino a instancia y por orden del Fiscal. Las Sentencias del Tribunal Constitucional Nº 005-2001-AI/TC y 010-2002-AI/TC no se pronunciaron al respecto, pero de la primera se desprende, por lo menos, que el traslado del detenido será atribución fiscal y no policial.

No obstante ello, la Ley Nº 27934 permite al Fiscal, durante la investigación preliminar realizada por la Policía –que desde luego él puede llevar a cabo directamente–, solicitar al Juez la detención preventiva de un incriminado cuando no se da el supuesto de flagrancia. Esa norma indica que el plazo es de sólo 24 horas, empero la Constitución en casos de tráfico ilícito de drogas autoriza la privación de libertad –vía detención imputativa– hasta por quince días más el término de la distancia cuando corresponda, consecuentemente debe entenderse que para esta clase de delitos la detención imputativa preliminar por orden judicial puede extenderse hasta quince días naturales.

3. LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

En el amplio campo de la coerción con fines de persecución penal resulta indispensable limitar derechos de las personas en aras de asegu-

---

[53] RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pp. 104-106.

rar la eficacia de la investigación. Los actos de autoridad que se llevan a cabo, sin embargo, deben estar informados por los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, en tanto garantías implícitas de carácter transversal destinadas a proteger la vigencia de los derechos fundamentales y delimitar las posibilidades de su restricción.

A. El art. 73º del Decreto Ley Nº 22095 establece que la Policía puede solicitar al Juez que dicte las "medidas precautelativas" –querrá decir: precautelares– correspondientes sobre los bienes muebles e inmuebles del investigado, aun antes de dictarse el auto de apertura de instrucción. A su vez, el art. 66º de dicho Decreto Ley dispone: **a)** el decomiso de las drogas y demás bienes delictivos implicados en la producción y fabricación de drogas ilícitas; y, **b)** la incautación los terrenos de cultivo, y del dinero empleado u obtenido en la comisión del delito.

Sobre esa base se dictó el Decreto Supremo Nº 39-94-JUS, de 23 de julio de 1994, modificado por el Decreto Supremo Nº 43-94-JUS, de 3 de noviembre de 1994. De esas normas fluye que a solicitud de la Policía o del Fiscal, el Juez puede: **a)** ordenar la inscripción preventiva en favor del Estado de los bienes muebles o inmuebles incautados, siempre que sean efecto o instrumento del delito de tráfico ilícito de drogas, para cual cursará los partes respectivos a los Registros Públicos; **b)** inmovilizar fondos, depósitos y demás valores en custodia que los implicados mantengan como titulares en las empresas y entidades del sistema financiero, cursando las órdenes y requerimientos respectivos; **c)** disponer que la CONASEV requiera que las Sociedades Agentes y los Agentes de Bolsa se abstengan de realizar operaciones o transacciones por cuenta o en nombre de los implicados, así como que requiera a las empresas emisoras de valores inscritas en el Registro Público de Valores de la CONASEV respecto de valores transados fuera de Rueda de Bolsa y otros mecanismos centralizados de negociación. Asimismo, dispuesta la orden judicial de inscripción preventiva, la partida respectiva queda bloqueada y se prohíbe toda inscripción de actos o contratos con posterioridad a la anotación.

Lo interesante de esta norma, dada la fecha de su vigencia, es que permite que el Juez dicte medidas limitativas, por lo menos de carácter real o patrimonial, antes de iniciarse formalmente el proceso penal, aunque como es obvio el concepto "inicio del proceso" admite una acepción amplia que tiene que ver con el propio inicio de investigaciones

ante una noticia criminal, sin interesar que el órgano que lo haga no sea el Juez y ni siquiera una autoridad jurídico penal, lo que se explica para garantizar la vigencia de los derechos de los imputados.

Por otro lado, llama la atención la confusión en que incurre el art. 66º del Decreto Ley Nº 22095, respecto del decomiso y la incautación; el primero, es una consecuencia accesoria del delito y, como tal, tiene un carácter definitivo; y, la segunda, es –en este caso– una medida cautelar real que garantiza la efectividad del decomiso a declararse en la sentencia condenatoria. De igual manera, es de resaltar que los Decretos Supremos sólo mencionen a la incautación y obvian la reparación civil, a cuyo efecto, para garantizarla, procede el embargo (*vid.* art. 94º CPP). Estos errores técnicos u omisiones en nada afectan la eficacia de la norma desde que es claro que lo que se pretende es, primero, asegurar que determinados bienes permanezcan a disposición judicial, y, segundo, que las consecuencias accesorias (decomiso) y la reparación civil a declararse en la sentencia condenatoria sean realmente efectivas. Hoy en día se tiene claro que el *decomiso* es una medida ejecutiva penal –consecuencia accesoria, dice el vigente Código Penal– y la *incautación* es una medida provisional penal que en el presente caso tiene una decidida función cautelar.

Según el segundo párrafo del art. 66º del Decreto Ley Nº 22095, los cultivos prohibidos serán destruidos inmediatamente. Si bien inicialmente el Código Penal no sancionó los actos de cultivo [54], normas posteriores sí lo permiten, como es el caso de plantas de amapola y marihuana (*vid.* art. 2º de la Ley Nº 26332, de 24 de junio de 1994), aunque llamaba la atención que los hoy derogados arts. 296º-C y 296º-D del CP no se refirieran a la marihuana [55]. La destrucción inmediata de un bien prohibido y peligroso, cuya constatación es evidente y no requiere de mayo-

---

[54] Ejecutoria suprema de 12 de enero de 1995, Exp. Nº 1453-94, Amazonas (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 231).

[55] Esta omisión felizmente ha sido salvada por la Ley Nº 28002, de 17 de junio de 2003, que al reintroducir un art. 296º-A al Código Penal y derogar los antiguos arts. 296º-C y 296º-D CP, comprende como objeto del delito, conjuntamente con la amapola de la especie *papaver somniferum*, a la marihuana de la especie *cannabis sativa* (primer párrafo), así como en los supuestos de amenaza o violencia para la siembra o cultivo incorpora a las plantas de coca, amapola de la especie *papaver somniferum* y marihuana de la especie *cannabis sativa*.

res comprobaciones, puede calificarse de un *decomiso anticipado* [56]; esta medida se extiende a las drogas no comercializables (*vid.* art. 68º Decreto Ley Nº 22095).

El destino de los demás bienes: objetos materiales, equipos y efectos que provengan del delito, será su remisión a la OFECOD, para su asignación provisional a órganos públicos, mientras que el dinero será depositado en una cuenta en el Banco de la Nación (*vid.* art. 66º *in fine* Decreto Ley Nº 22095).

B. La Ley Nº 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, de 21 de diciembre de 2000, en el art. 1º.3 permite expresamente que para cinco modalidades delictivas de tráfico ilícito de drogas puedan dictarse medidas limitativas de derechos en el curso de la investigación preliminar. Los delitos son: **(a)** lavado de activos derivados del tráfico de drogas en sus distintas modalidades (arts. 296º-A y 296º-B del CP, que hoy han sido derogados para dar lugar al delito genérico de lavado de activos, conforme a la Ley Nº 27765, Ley penal contra el lavado de activos, de 27 de junio de 2002); **(b)** coacción para la siembra o procesamiento de coca o amapola (art. 296º-C, derogado por la Ley Nº 28002, pero subsumido en el nuevo art. 296º-A establecido por la mencionada Ley); **(c)** favorecimiento del cultivo de adormidera y tráfico de semillas de adormidera (art. 296º-D, derogado por la Ley Nº 28002); y, tráfico de drogas agravado (art. 297º, modificado por la Ley Nº 28002). Es cierto, igualmente, que la Ley se aplica también en este delito cuando intervienen en su comisión una pluralidad de personas o una organización criminal, siempre que en su realización se utilicen recursos públicos o intervengan funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos (art. 1º.1); empero, es de mencionar que el art. 297º CP comprende el supuesto de intervención de una organización dedicada al tráfico de drogas o la comisión del delito por más de tres personas, con lo que no haría falta invocar el art. 1º.1 de la Ley Nº 27379.

En estos supuestos, como ya se explicó en el capítulo respectivo, el Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, puede solicitar al Juez Penal diez medidas limitativas de derechos, sean éstas medi-

[56] GALLEGO SOLER, José-Ignacio: *Los delitos de tráfico de drogas*, II, Bosch, Barcelona, 1999, p. 306.

das provisionales penales o instrumentales restrictivas de derechos. Son las siguientes: (1) Detención preliminar, hasta por quince días, fuera de flagrante delito; (2) comparecencia restrictiva; (3) embargo de bienes; (4) orden de inhibición para disponer o gravar bienes; (5) levantamiento del secreto bancario; (6) levantamiento de la reserva tributaria; (7) exhibición y remisión de información que afecta a la intimidad documental; (8) allanamiento de inmuebles o lugares cerrados fuera de flagrante delito; (9) inmovilización de bienes muebles; y, (10) clausura temporal de locales.

Son medidas provisionales penales con función cautelar: la detención orientada a impedir la fuga y garantizar la presencia del implicado durante la pendencia de la causa, la comparecencia restrictiva, el embargo, la orden de inhibición para disponer o gravar bienes y la inmovilización de bienes muebles; todas ellas, como ya se ha estudiado anteriormente, buscan garantizar la eficacia de la sentencia condenatoria, y de las consecuencias jurídicas establecidas por la ley penal. La clausura temporal de locales es una medida provisional con función aseguratoria de prueba, así como la detención preliminar, en tanto buscan evitar que el implicado entorpezca la actividad probatoria. Finalmente, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la exhibición y remisión de información que afecta la intimidad documental, y el allanamiento son medidas instrumentales restrictivas de derechos, pues están destinadas a levantar una protección jurídica para garantizar el hallazgo y ocupación de evidencia o asegurar al imputado.

Un punto importante, de carácter hermenéutico, está radicado en el posible conflicto entre las disposiciones contempladas en la legislación especial sobre tráfico de drogas y las normas materia de esta Ley. Sobre el particular, puede anotarse lo siguiente: (1) Que, en principio, las medidas de la Ley Nº 27379 sólo se aplican a los supuestos concretos de los tipos penales de tráfico ilícito de drogas antes mencionados, luego, no pueden aplicarse en las investigaciones preliminares por las otras modalidades delictivas de tráfico de drogas no contempladas en dicha Ley. (2) Que la incautación de bienes delictivos está sujeta, en todas las modalidades delictivas de tráfico de drogas, a las disposiciones especiales del Decreto Ley Nº 22095 y a las disposiciones generales; en cuanto a las generales, cabe invocar el art. 59º CPP que establece que la Policía en su investigación puede incautar elementos de pruebas (*corpus delicti*) y efectos vinculados al delito; algo similar establece el art. 8º.6 de la LOPNP, que fija como una atribución policial la de "obtener, custodiar,

asegurar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la investigación policial..."; y, fundamentalmente, el art. 1º.4 de la Ley Nº 27934, que autoriza a la Policía a "recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito". (3) Que, tratándose de incautación y, por extensión, de embargo o de órdenes de inhibición para disponer o gravar bienes inscritos, es posible acudir a las normas especiales de los Decretos Supremos Nº 39-94-JUS y Nº 43-94-JUS, dado que comprenden todas las modalidades delictivas de tráfico de drogas y por la evidente semejanza entre embargos e incautaciones, cuya premisa es la presencia de indicios delictivos en tráfico ilícito de drogas y su objeto son bienes que pertenecen al implicado, sin que a ello obste que en un caso se trata de bienes delictivos y en otro de bienes libres.

Desde luego, la imposibilidad de interponer acciones de Hábeas Corpus –que en su día previó el Decreto Ley Nº 22095 (art. 71º *in fine*) y, luego, ratificó el Decreto Legislativo Nº 824 (art. 17º)– son ostensiblemente inconstitucionales. El control jurisdiccional de una medida de detención, o de otra que afecte un derecho fundamental, no puede ser suspendido, ni siquiera en Estados de Emergencia, tal como lo ha ratificado la CIDH en la Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987. El Tribunal Constitucional ha establecido, en supuestos similares y sobre la base de la Opinión Consultiva antes citada (párr. 24), que "...en ningún supuesto cabe la posibilidad que un Estado limite o elimine la posibilidad que sus ciudadanos puedan acceder a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales..." (por todas, STC Nº 1109-2002-AA/TC, Asunto "Isaac Gamero Valdivia", de 6 de agosto de 2002) [57].

4. La legislación sobre lavado de activos: reglas de investigación y de presunción

En la doctrina nacional, Bramont-Arias Torres concibe que el bien jurídico en este delito, instituido por la Ley Nº 27765, de 27 de junio de 2002, es "...la correcta circulación o tráfico de bienes en el mercado, el mismo que se vería afectado con la circulación de bienes de procedencia ilícita". En concurrencia con dicho bien jurídico, "...pueden ser vulnerados otros, tales como la salud pública, el correcto funcionamiento de la administración pública, la libertad personal, el proceso de ingre-

[57] http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1109-2002-AA.html.

sos y egresos del Estado, etc." [58]. ARANGUEZ SÁNCHEZ, precisa que el delito de blanqueo afecta el principio de libre competencia para el orden socioeconómico; ése es su único interés que justifica la intervención penal, recomendable por razones de seguridad jurídica, a lo que no obsta –como efectos colaterales o incidentales– que su incriminación pueda servir para desincentivar la comisión de futuros delitos y coadyuvar a la pérdida de poder de las organizaciones criminales [59].

El delito castiga los actos de conversión de activos (cambio de uno por otro) y transferencia de activos (remitir, llevar o pasar un activo de uno a otro lugar), así como los actos de ocultamiento de activos (adquirir a título oneroso, aprovecharse del mismo) y de tenencia de activos (guardar, custodiar, o mantenerlo en su poder). Por otro lado, también castiga la omisión de comunicación a la autoridad competente de operaciones o transacciones sospechosas, perpetrada por quienes están obligados legalmente a ello –en clave funcional o profesional–. La Ley, expresamente, consigna como un delito previo, necesario para el delito de lavado de activos, el tráfico ilícito de drogas.

Procesalmente la Ley prevé: (1) La utilización en la investigación de este delito de una medida instrumental restrictiva de derechos básica: el levantamiento del secreto bancario, de la reserva tributaria y de la reserva bursátil (art. 5º). (2) La incorporación de una norma de presunción, en cuya virtud el elemento subjetivo del tipo puede deducirse a partir de los indicios concurrentes en cada caso. (3) La posible configuración de un requisito de procedibilidad o de una prejudicialidad, con motivo de la dación de la Ley Nº 27693, de 12 de abril de 2002, de creación de la Unidad de Inteligencia Financiera, y de su Reglamento (Decreto Supremo Nº 163-2002-EF, de 31 de octubre de 2002).

A. El levantamiento del secreto o de la reserva bancaria, tributaria o bursátil

Como se sabe, el art. 2º.5 de la Constitución reconoce de modo expreso el secreto bancario y la reserva tributaria. Asimismo, de modo general, exceptúa que una información que afecta la intimidad pueda

---

[58] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: "Alcances de la Ley penal contra el lavado de activos", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, Lima, 2002, p. 64.

[59] ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 97-102.

ser de conocimiento público. Aquí está la justificación teleológica a la denominada "reserva bursátil". Es de tener presente, con PRADO SALDARRIAGA, que la flexibilización del secreto bancario y de la reserva tributaria –a la que hay que agregar ahora la reserva bursátil–, "...es en el presente una praxis bastante frecuente, para la detección y control de delitos de organización o financieros. Sus antecedentes más relevantes se encuentran en la legislación antimafia italiana ... [La] eficacia de este tipo de medidas ... [ha determinado que se plantee incluso] la internacionalización de este tipo de procedimientos..." (60).

La Ley, de conformidad con la Constitución, autoriza al Juez a disponer el levantamiento del secreto o de la reserva y permite que el Fiscal de la Nación solicite a la autoridad competente (SUNAT, SBS o CONASEV) tal levantamiento. Es evidente –y esto es un punto que tiene que ver con el cumplimiento de dos principios constitucionales: la intervención indiciaria y la proporcionalidad– que para dictar estas medidas se requiere la presencia de indicios delictivos suficientes, y que la medida sea adecuada, necesaria y estrictamente proporcional, todo ello plasmado en una decisión debidamente motivada (61).

B. Presunción y origen ilícito de los activos, constitutivos del objeto material del delito

El conocimiento o presunción, esto es, el dolo directo o el dolo eventual, respecto a los activos involucrados en la conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia delictiva, dice la ley, se infiere de la prueba indiciaria. Aquí, como ya anotábamos en un supuesto similar, no es que se invierta la regla de la presunción de inocencia, sino que introduce normativamente –lo que por lo demás no hacía falta alguna, tomando en cuenta cómo juega o se implementa judicialmente la prueba por indicios– una regla de presunción razonable, que por cierto permite una actividad probatoria posible del imputado, única forma de concebirla constitucionalmente legítima (62).

---

(60) PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *El delito de lavado de dinero*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 79-80.

(61) Cfr.: REYNA ALFARO, Luis: *Manual de Derecho penal económico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 682.

(62) Mayores datos: SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, Leandro: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 413-430.

Es claro que la prueba indiciaria o circunstancial también será necesaria y útil para determinar, a través del juicio de inferencia, la existencia de los elementos subjetivos del tipo o intención del agente, según las máximas de la experiencia. Es decir, si por los hechos externos y objetivos que estén probados, se puede llegar a fijar la verdadera intención (elemento interno) del sujeto activo, como defraudar, convertir, transferir, ocultar o tener. El elemento subjetivo se deduce de datos externos, reveladores de la intención del agente. La Corte Suprema ha establecido que el dolo o la intención del agente puede inferirse de las circunstancias que rodean al acto –de la valoración de las mismas–, en especial de su conducta externa y del resultado producido, como serían por ejemplo los medios, el arma empleada y la naturaleza de las lesiones [63]. El órgano jurisdiccional debe plasmar en la sentencia todo el razonamiento, y demostrar el nexo lógico entre el hecho indicado y el hecho indicador, que motive expresamente la operación deductiva realizada.

En este caso, sin duda, se debe probar objetivamente que se está (1) ante un activo: dinero, bienes, efectos o ganancias; (2) que su origen es delictivo (cualquier delito, salvo los patrimoniales para los que está previsto el tipo de receptación), sin que sea necesario que el delito en cuestión haya sido objeto de condena o procesamiento; (3) que el sujeto activo haya realizado actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia. Sobre esa base –o datos externos– plenamente probada, se deducirá, de un lado, el conocimiento directo o eventual del origen del activo y, de otro, la finalidad de evitar la identificación de su origen o su incautación o su decomiso (elemento teleológico y tendencial de la tipicidad). Se requiere por tanto, no sólo los datos de hecho definidamente acreditados: un conjunto de indicios, sino también que la deducción obtenida a partir de ellos sea racional, en buena cuenta que exista un enlace preciso y directo según los criterios del saber humano.

C. La ley de creación de la Unidad de Inteligencia Financiera

Esta Ley atribuye a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), con personería jurídica de derecho público y autonomía funcional y técnica, la responsabilidad de comunicar al Ministerio Público aquellas tran-

[63] Ejecutorias Supremas de 9 de febrero de 1977 (*Normas Legales*, T. 84, Trujillo, 1977, p. 466), y de 11 de noviembre de 1987 (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, p. 142).

sacciones que luego de la investigación y análisis respectivos, presuma se encuentran vinculadas al lavado de dinero o de activos, a cuyo efecto todas las entidades vinculadas al ámbito financiero y comercial (bancos, SAB, casinos, almacenes de depósitos, agencias de aduana, bolsa de productos, compraventa de coches, embarcaciones y aeronaves, construcción e inmobiliarias, etc.) deben informarle las transacciones que estimen sospechosas. La UIF tiene a su cargo la superintendencia de control y supervisión del sistema de prevención del lavado de dinero o de activos. Como tal, está facultada a solicitar información de los obligados, analizarla y, en su caso, requerir información adicional.

A la UIF, según el art. 1º del Reglamento, le corresponde con exclusividad el análisis, tratamiento y transmisión de información para la prevención y detección del lavado de dinero o de activos. Asimismo, el art. 3º.5 le atribuye la función de comunicar al Ministerio Público las transacciones que se presuma estén involucradas con operaciones de lavado de dinero o de activos, debidamente fundamentadas con la información que le haya sido remitida por los sujetos obligados, y demás información sustentatoria obtenida en el desarrollo de sus actividades.

La pregunta que cabe hacerse es si la realización de este análisis investigatorio-administrativo, constituye un requisito de procedibilidad o, en todo caso, una prejudicialidad administrativa. ¿Puede el Ministerio Público promover la acción penal y, antes, instar actuaciones de investigación preliminar, sin el concurso del UIF o de su previa decisión de comunicación delictiva?

La ley sólo reconoce a la UIF una potestad de denuncia ante el Ministerio Público. No condiciona la actuación del Fiscal a la previa decisión de la UIF ni determina, a los efectos de la promoción de la acción penal, que previamente ese órgano administrativo deba realizar una indagación administrativa y adoptar una decisión al respecto. Esto último, asimismo, importa no aceptar la denominada "*prejudicialidad administrativa*". Los trámites administrativos que debe realizar la UIF no impiden la actuación de la justicia penal. En todo caso, a tenor del art. 159º.4 Const., la UIF está siempre subordinada al Ministerio Público y debe seguir sus indicaciones en materia de esclarecimiento preliminar de un presunto delito de lavado de activos.

5. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

El art. 28º del Decreto Legislativo Nº 824 dispone que el Ministerio Público, a fin de permitir la obtención de las pruebas necesarias para

posibilitar la acusación penal, podrá autorizar a la Policía Nacional la ejecución de los procedimientos denominados "*Remesa Controlada*" y "*Agente Encubierto*". Estos procedimientos no sólo importan la previa autorización fiscal, sino el control de su desarrollo ejecutivo y la orden de ponerle término "en cuanto se hayan cumplido los objetivos propuestos".

Ambas técnicas están definidas en el art. 29º, y en rigor –explica MORENO CATENA– constituyen medidas especiales de lucha contra la delincuencia organizada, en tanto se tiene la convicción que las organizaciones criminales cuentan con material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, contra los que el Estado debe reaccionar para garantizar la eficacia en la lucha contra la criminalidad [64].

A. La "remesa controlada"

Según el art. 29º del D. Leg. Nº 824, la "*remesa controlada*" es un procedimiento reservado, en cuya virtud en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de drogas, verificado o presunto, durante un período de tiempo, con el objeto de determinar las circunstancias, destino, implicados directos e indirectos y las conexiones con asociaciones delictivas. Esta norma no hace sino incorporar una institución reconocida en el art. 11º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, bajo la denominación de "*entrega vigilada*". En sede internacional esta técnica se sujeta a los Convenios sobre la materia.

El procedimiento, como apunta MONTOYA, procura descubrir drogas que son transportadas a través de diversos medios y, en tal virtud, se procede a su control a fin de determinar en forma encubierta quiénes participan en el delito, las modalidades del mismo, la ruta a seguir, los contactos, datos del remitente y del receptor y de todos aquellos que puedan participar en la maniobra ilícita a fin de llegar a los niveles más altos de una organización delictiva [65]. Se permite, pues, en palabras de MORENO CATENA, la circulación de remesas ilícitas, ya sean conocidas o resulten sospechosas por el territorio de un país, o bien permitir que entren o salgan de él sin interferencia de la autoridad o de sus agentes y

[64] GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 214.

[65] MONTOYA, Mario Daniel: *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 238.

bajo su vigilancia [66]. Desde la lógica internacional, habrá dos tipos de entregas vigiladas, la directa –entre dos Estados– y la de tránsito –entre tres o más Estados, de los cuales uno se encuentra interesado en el tránsito de la droga sobre su propio territorio–.

Señalan al respecto CHOCLÁN y CALDERÓN que a estos efectos debe mediar una expresa autorización de la autoridad (en el Perú, será el Fiscal si la investigación se encuentra en fase preprocesal, o el Juez si existe proceso abierto); la resolución será fundada –motivada–, en la que debe determinarse explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de la autorización, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate (principio de proporcionalidad); asimismo, se tomará en cuenta la necesidad de adoptarla a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito –magnitud de los alijos comprometidos– y con las posibilidades de vigilancia [67].

B. El agente encubierto

El "*agente encubierto*", prescribe el art. 29º del D. Leg. Nº 824, es un procedimiento reservado mediante el cual un agente especializado, ocultando su identidad, se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, *modus operandi* y conexiones con asociaciones ilícitas. La previa autorización fiscal y el objetivo de la infiltración del agente encubierto –ser fuente de información–, evitaría la censurable técnica de los entrampamientos o de los agentes provocadores, que según ya se dejó sentado son supuestos de prueba prohibida. No obstante ello, es justo decir con ROXIN que con la admisibilidad de esta figura no se ha dicho nada todavía acerca de las acciones que le están permitidas en el ámbito de su actividad investigadora [68].

El agente encubierto, en consecuencia, es aquel miembro de la Policía Nacional, en funciones de Policía Judicial, que oculta su carácter de agente en el curso de una investigación de las actividades propias de

---

[66] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 870.

[67] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 171.

[68] ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 65.

la delincuencia organizada dedicada al tráfico ilícito de drogas; una característica de su actividad es que actúa con identidad alterada durante un tiempo más o menos prolongado. Este procedimiento, como forma de compensar la quiebra de garantías procesales, exige no sólo la autorización del Ministerio Público, sino está sometido a un control fiscal que debe ser efectivo [69]. La esencia de la figura es la ocultación de la condición de agente del infiltrado, quien buscará generar en los miembros de la organización criminal una confianza por la que le sea permitido la presencia o, incluso, participación en sus actividades, lo que importa de hecho una afectación al derecho a la intimidad de los investigados. Esta norma, a final de cuentas, establece una excepción a la prohibición de engañar y del deber de informar al imputado, de suerte que los "engaños condicionados por la 'identidad alterada' están permitidos".

Esta institución procesal, pese a sus riesgos, ha sido expresamente aprobada por el TEDH, pues reconoce que la Convención Europea de Derechos Humanos –de similar estructura y alcances que la Convención Americana de Derechos Humanos– no impide apoyarse, en la fase de la instrucción preparatoria y siempre que la naturaleza de la infracción lo puede justificar, sobre medios tales como confidentes ocultos, aunque previene que la intervención de estos agentes debe estar circunscrita y rodeada de garantías incluso en el caso del tráfico de estupefacientes, pues no puede descuidarse las exigencias generales de equidad en los procedimientos relativos a todo tipo de infracción criminal [70].

El poder de control del Ministerio Público que reconoce la ley, no hace sino enfatizar la dirección jurídica funcional de la Fiscalía respecto de la Policía Nacional en su función de Policía Judicial, aunque la normatividad en su conjunto no desarrolla con mayor consistencia esa función del Ministerio Público. El agente encubierto debe proporcionar la información que obtenga de modo inmediato e íntegramente al Fiscal, la cual inclusive puede ir acompañada de grabaciones o cintas de vídeos.

El indicado Decreto Legislativo también permite estos procedimientos en sede judicial y, por tanto, condiciona su utilización a la autoriza-

---

[69] DELGADO MARTÍN, Joaquín: "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.): *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 99-100.

[70] STEDH, Asunto "Teixeira de Castro", de 9 de junio de 1998, párrs. 35 y 36.

ción del Juez. Empero, como es fácil colegir de la naturaleza de la investigación, tal posibilidad es muy remota y más bien está destinada a llevarse a cabo con gran amplitud en sede fiscal, en la investigación preliminar propiamente dicha y no en la judicial, tanto más si su carácter formal impide su plena o aceptable eficacia.

Es de tener en cuenta, sin embargo, como menciona DELGADO GARCÍA, que la autorización del empleo de esta técnica de investigación está sometida a dos cláusulas esenciales: de *proporcionalidad* (aplicación a delitos especiales graves) *y de subsidiaridad* (sólo podrá emplearse cuando el esclarecimiento de las actividades ilícitas resulte imposible o muy difícil por otros medios de investigación). Además, se requiere que el Fiscal o el Juez que autorizó esta técnica ejerzan el control necesario sobre la actividad del agente encubierto, debiendo exigir no sólo conocer su identidad, con las reservas del caso, sino informaciones periódicas sobre el desarrollo de la investigación [71].

La decisión fiscal o judicial debe expresarse en una resolución debidamente fundamentada. El auto habilitante debe sustentarse tanto en la existencia de indicios delictivos suficientes de la existencia de una organización criminal y que se dedica al tráfico ilícito de drogas, cuanto en la idoneidad de la medida –que sirva objetivamente para conseguir datos útiles para investigar a la organización–, en la necesidad de la misma –que sea imprescindible para la finalidad de la investigación y que no exista otro medio menos gravoso para el afectado–, y en la evaluación de la gravedad concreta de la conducta investigada. Además, debe contener las prescripciones de control: tiempo de las informaciones, evaluación de los Jefes Policiales del agente encubierto, u otras. Las actuaciones en referencia, por su carácter reservado, deben ser objeto de un incidente o cuaderno especial, donde se anexarán todas las ocurrencias correspondientes.

Es claro, en virtud de la exigencia de un juicio justo y equitativo, que el agente encubierto sea debidamente interrogado durante el juicio oral. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien ha permitido que durante la instrucción se oculte la identidad del agente policial

---

[71] DELGADO GARCÍA, María Dolores: "El agente encubierto: Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pp. 70-71.

y que sólo se mencione su identidad supuesta, inclusive en el caso de arrepentidos, no lo admite durante el enjuiciamiento y, menos, que no declare. En esos casos, primero, al desconocerse la identidad de la persona a la que la defensa intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito, y no podrá demostrarlo si no tiene informaciones que le permitan realizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda; la defensa sufriría un *handicap* casi insuperable [72]. En segundo lugar, al no declarar un agente encubierto "los derechos de la defensa ... [sufrirían] tales limitaciones que el requiriente no se ... [beneficiaría] de un proceso justo [...]". En este caso, "ni el Magistrado ni las jurisdicciones de enjuiciamiento pudieron, o no quisieron, oír a *Toni* (el agente encubierto) y proceder a una confrontación destinada a comprobar sus declaraciones con las alegaciones del Sr. Lüdi; por otra parte, ni éste último ni su Abogado tuvieron en ningún momento del procedimiento la ocasión de interrogarle y de lanzar dudas sobre su credibilidad" [73].

C. El agente provocador y técnica policial de provocación para la obtención de pruebas de delitos ya cometidos

En principio es de precisar que el agente encubierto actúa en una misión simplemente investigadora para conseguir el descubrimiento de una conducta criminal; y, como tal, es un testigo especialmente cualificado, cuyas informaciones deberán analizarse por el Tribunal a los efectos de otorgar su credibilidad [74]. El agente encubierto puede degenerar, en actuaciones concretas, en un agente provocador, que fue casualmente lo que apreció el TEDH en el Asunto "Teixeira de Castro". Sin embargo, para que se produzca un caso de delito provocado y, por tanto, ocurra un supuesto de prueba prohibida [75], se requiere que, al decir

---

[72] STEDH, Asunto "Kostovski", de 20 de noviembre de 1989; y STEDH, Asunto "Windich", de 27 de setiembre de 1990.

[73] STEDH, Asunto "Lüidi", de 15 de junio de 1992, párr. 49.

[74] CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 186-187.

[75] Como dice la jurisprudencia española (STS de 3 de noviembre de 1993, FJ 2), al señalarlo como un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona (*vid.* MORENO CATENA, Víctor [Dir.]: *El proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2194).

de JOSHI JUBERT, se cumplan cuatro requisitos: (1) Intervención de un policía o agente infiltrado, que actúa como inductor. (2) El inductor debe crear una voluntad criminal de perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, esto es, debe haber creado en el autor el dolo del delito. (3) La inducción debe tener como finalidad constituir pruebas indudables de un delito. Y (4) el delito al que se induce debe ser de imposible ejecución por la intervención prevista "*ab initio*" de la Policía [76].

En estos casos, enfatiza PAZ RUBIO, la prueba obtenida invalida el proceso que lo originó, lo que se basa en su carencia de legitimidad, pues a fin de cuentas el proceso se instituyó para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito, vulnerándose los principios del debido proceso y la idea central del Estado de Derecho, lo que determina la caducidad de la pretensión de persecución del delito por parte del Estado [77]. Empero, con ROXIN habrá de precisarse que "*...en los casos de actuación inadmisible de agentes provocadores no debe reconocerse un impedimento procesal, sino un motivo de exclusión de la pena del Derecho material; dado que el comportamiento del Estado contrario al Estado de Derecho no afecta al proceso, sino ya al acaecimiento del hecho, impide, por ello, el nacimiento de la pretensión penal*" [78]. La ilegitimidad de las pruebas obtenidas por ese medio vulnera derechos constitucionales sustantivos y procesales, tales como el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, porque en definitiva la misión de la Policía Nacional es descubrir el delito ya cometido no generar la comisión de otro (*venire contra factum propium*: el Estado no puede castigar a aquél a quien él mismo, precisamente, ha inducido a llevar a cabo un hecho punible), el derecho a la dignidad de la persona, el derecho fundamental a la seguridad, y desde la perspectiva procesal, el derecho a un proceso debido [79].

Distinto es el caso, en la cual la intervención de la Policía se limita a descubrir, a poner de manifiesto, un delito previamente existente, que

---

[76] JOSHI JUBERT: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., pp. 290-291.

[77] PAZ RUBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio: OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 391.

[78] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 68.

[79] Cfr.: FERNÁNDEZ APARICIO, Juan: "El delito provocado y el agente encubierto", en: *Actualidad Penal*, Nº 44, semana de 25 de noviembre al 1 de diciembre, Madrid, 2002, p. 6.

ya se había comenzado a cometer, entre los que son muy comunes los de tráfico de drogas por ser mayormente de tracto sucesivo. En tales supuestos es de entender que no hay provocación propiamente dicha, sino actividad lícita encaminada a descubrir una infracción penal cometida o que se está cometiendo [80]. Son los casos, por ejemplo, de un agente policial que, luego de haber observado que una persona traficaba con drogas, se le acerca interesado en su adquisición y ésta le ofrece la droga que aún tenía oculta en la maletera de un automóvil; o, de la sospecha de la Policía que en una vivienda determinada se vende droga, por lo que envía a uno de sus confidentes a que se presente como posible comprador de la misma, al punto que finalmente se concreta la compraventa, en cuyo acto intervienen los agentes policiales y encuentran, en poder de quien atendió al confidente, con varias papelinas de cocaína.

Es de tener presente que la doctrina procesalista reconoce que los engaños de los agentes policiales para descubrir actividades ilegales, referidas a delitos en los que la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia hace necesaria la aparente inserción de la policía en ese submundo, debe cumplir, insiste PAZ RUBIO, tres características: es una técnica de investigación legítima, pretende descubrir un delito ya existente, y el resultado del empleo de esta técnica es la punición del delincuente y la impunidad del policía [81].

6. INTERVENCIÓN Y CONTROL DE COMUNICACIONES

La Ley Nº 27697, de 12 de abril de 2002, siguiendo la línea iniciada por la Ley Nº 27379, desarrolló legalmente la facultad constitucional reconocida al juez penal ordinario para intervenir y controlar las comunicaciones de las personas, tanto en sede de investigación preliminar –conducida, en nuestro vigente modelo procesal penal, por el Ministerio Público– como en sede de instrucción judicial.

El art. 2º.10 de la Constitución garantiza el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados de las personas. Por *"comunicaciones"* se entiende: "...cualquiera de los posibles medios de intercambio de información e ideas de dos o más personas...",

---

[80] JOSHI JUBERT: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., p. 297.

[81] PAZ RUBIO *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 394.

como son las entrevistas cara a cara, y las realizadas por instrumentos electrónicos, electromagnéticos, etc. *"Documentos privados"*, en tanto, son "todo tipo de material que tienen contenido que puede ser inteligido por las personas", tales como papeles escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, discos de computadora, grabaciones de sonido, magnetofónicas o señales digitales y otros [82].

Los diversos medios o formas de comunicación y telecomunicación (postales, telegráficos, telefónicos, radiales, televisivos, electrónicos, etc.) sólo pueden ser (1) *abiertos*, (2) *incautados* (toma de posesión oficial y forzosa, esto es, aprehensión u ocupación por la autoridad de una comunicación o documento privado), (3) *interceptados* (toma de posesión a través de un apoderamiento físico durante el proceso de enlace entre el emisor y el receptor) o (4) *intervenidos* [83], mediando orden judicial.

Un punto previo, que ya se ha destacado cuando se analizó el conjunto de medidas instrumentales restrictivas de derechos, y que en buena cuenta constituye la concreción de las exigencias generales de toda medidas, ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto "Valenzuela", el mismo que traduce la necesidad de una regulación especial cuidadosa dado el derecho fundamental en juego. En dicho fallo, el TEDH señaló que la previsión normativa debería contener la definición de categorías de personas susceptibles de poder dar lugar a la medida; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de trascripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y la defensa; y, las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad [84].

En puridad, *intervención* es el concepto general conglobante a toda forma de limitación o restricción de las comunicaciones. Por tanto, es

---

[82] RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, T. I, pp. 281-282.

[83] Cfr.: GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, T. I, p. 95.

[84] STEDH, Asunto "Valenzuela", de 30 de julio de 1998 (*vid.*: ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 179).

de precisar que tratándose de comunicaciones postales o telegráficas, la concreta diligencia será de interceptación, procediendo a la detención –sinónimo de incautación–, apertura, y examen de la carta o mensaje telegráfico; y, tratándose de comunicación telefónica, fax, correo electrónico o internet, se fiscaliza, observa o escucha a través de aparatos o artificios técnicos de control, escucha o grabación [85]. Todas estas limitaciones, desde luego, están informadas por los principios de excepcionalidad, intervención indiciaria y proporcionalidad, amén de su finalidad exclusivamente probatoria.

La Ley comprende expresamente que en los delitos de tráfico ilícito de drogas (art. 1º, tercer párrafo) puede levantarse el secreto y la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. La intervención, según el art. 2º.3, comprende dos fases: (1) la *recolección*, mediante la cual se recoge (intercepta o fiscaliza) la comunicación y/o su medio, radicada en una comunicación específica o en comunicaciones indeterminadas –ello no obsta, empero, el cumplimiento del *principio de especialidad*, pues no se decreta una intervención para tratar de descubrir de manera general o indiscriminada actos delictivos–, que puede ser –en el caso de comunicación telefónica– la escucha y grabación de las conversaciones o en el simple control de las llamadas realizadas a (o desde) un aparato telefónico, y –en el caso de comunicaciones postales– la detención de la carta o paquete postal; el otro es (2) el *control*, por el cual se toma conocimiento oficial de su contenido reteniéndose lo útil a la investigación –registro y/o lectura en el caso de comunicación postal, y revisión del documento o soporte acompañado, así como lectura y comparación de las actas levantadas al efecto en el caso de comunicación telefónicas o similares–.

El encargado de ambas fases, la recolección y el control, es el Fiscal, quien puede contar con el auxilio de personal especializado del Ministerio Público, de la Policía o de personas expertas. La autorización es de exclusiva competencia del Juez Penal, que se expresa a través de un auto motivado, y está sujeta a un plazo de seis meses, prorrogables.

Lo interesante de la norma en comento es que, primero, los resultados de la intervención –que deben incluir el material obtenido y las transcripciones realizadas– se incorporan a la investigación, y como no

[85] GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 238.

interviene un Juez no tiene la calidad de prueba preconstituida; segundo, el afectado, abierta la confidencialidad de la diligencia –en sus fases de intervención y de control–, al incorporarse al sumario, puede contradecir las actuaciones. La diligencia judicial de contradicción de la intervención de las comunicaciones es un control *ex post* que se realiza ante el órgano jurisdiccional, luego de culminada la operación fiscal y entregada la documentación al Juzgado.

Este procedimiento, según el art. 4º de la mencionada Ley Nº 27697, se aplica también para los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos. En estos casos, la intervención, a tenor del art. 2º.10 *in fine* de la Constitución, se concreta en una incautación de los mismos, a los efectos de abrir la fase de control. De igual manera, se extiende el procedimiento para los documentos privados.

Un problema que plantea esta ley, y más aún el modo de entender la norma constitucional, estriba en que se concibe el concepto *documento privado* como parte del secreto de las comunicaciones y, obviamente, como algo más amplio que una comunicación postal, de suerte que bajo esa concepción la tenencia de un documento, obviamente privado, siempre exigiría para su incautación por la autoridad una orden judicial previa. Ello, empero, no se condice con la realidad y la práctica criminalística más elemental. Por ejemplo, al intervenir a un sospechoso, sea en flagrante delito o cuando median indicios delictivos razonables que permitan considerar que está involucrado en una infracción penal, y se le efectúa una revisión personal encontrándose apuntes, manuscritos o impresos que a su lectura inicial revelan que se trata de un individuo integrado a una organización terrorista o de tráfico de drogas, ¿ello significa que tal incautación es inconstitucional porque no se recabó la orden judicial previa?, pero ¿es lógico exigir tal autorización? Estos simples ejemplos nos persuaden que un entendimiento de esos alcances del tipo constitucional en mención resulta irrazonable y que, por tanto, sólo puede entenderse dicha norma en el ámbito de las comunicaciones postales, pero no cuando se trata de documentos incriminatorios que una persona guarda en un ambiente determinado o lleva consigo, para lo cual es suficiente la protección que brinda el derecho a la intimidad documental.

7. PROCEDIMIENTO PARA LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Los delitos de tráfico ilícito de drogas, de conformidad con el art. 1º de la Ley Nº 26689, de 30 de noviembre de 1996, en su gran mayoría se

tramitan bajo los lineamientos del procedimiento penal ordinario. Sin embargo, no todas las modalidades delictivas se adscriben al mencionado procedimiento. Sólo están comprendidas las figuras penales de: **a)** fabricación, posesión o tráfico de drogas, y de comercialización de insumos destinados a la fabricación de drogas (art. 296º CP, tipo básico, modificado recientemente por la Ley Nº 28002); **b)** coacción para la siembra o procesamiento de coca o amapola (art. 296º-C CP, derogado por la Ley Nº 28002 y subsumida en el actual art. 296º-A); y, **c)** circunstancias cualificantes del tráfico de drogas (art. 297º CP, modificado también por la Ley Nº 28002). Las demás modalidades de tráfico ilícito de drogas están sujetas al proceso sumario o abreviado. Por otro lado, ya se desactivó el circuito judicial especial que durante el fujimorato se creó para estos delitos (*vid.* R. A. Nº 005-2000-SP-CS, de 2 de diciembre de 2000; R. A. Nº 011-2000-CT-PJ, de 15 de diciembre de 2000 –Poder Judicial–; y R. A. Nº 063-2000-MP-FN, de 3 de diciembre de ese mismo año –Ministerio Público–).

Un caso singular es el procedimiento para el delito de lavado de activos. Se trata de una conducta de suma lesividad [86] que, por la deficiencia técnica de su norma de creación y de la Ley Nº 26689, que se limitó a prever los tipos penales codificados sin atender al Derecho penal especial o complementario, no tiene previsto el procedimiento penal al que está sujeta. Empero, como ya hemos precisado, la *vis atractiva*, por su propia naturaleza ordinaria común, la tiene el procedimiento previsto en el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Por otro lado, la Ley ha creado dos procedimientos especiales por delitos de tráfico de drogas: el de terminación anticipada, previsto por la Ley Nº 26320, de 2 de junio de 1994, circunscrito al tipo básico y a delitos menos graves de tráfico ilícito de drogas, respecto del cual la Fiscalía de la Nación aprobó la Circular Nº 005-95-MP-FN, de 15 de noviembre de 1995, aprobada por Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 1071-95-MP-FN, de 16 de noviembre de 1995; y, el de colaboración eficaz, previsto en el Título III, arts. 19º al 27º del Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996, reglamentado por el Decreto Supremo Nº 008-98-JUS, de 15 de octubre de 1998.

---

[86] REYNA ALFARO: *Manual de Derecho penal económico*, cit., p. 685.

Las leyes citadas no incorporan normas probatorias específicas que destacar. Es claro, sin embargo, que todo el modelo se inclina por dar un peso privilegiado a las actuaciones policiales, cuya valoración ya ha sido objeto de un comentario en el capítulo correspondiente. Llama la atención, eso sí, lo dispuesto en el art. 30º del Decreto Legislativo Nº 824, que prohíbe la concurrencia del personal policial como testigo en los procesos vinculados al tráfico ilícito de drogas. Como se anotó en los primeros capítulos, tal prohibición a nuestro entender vulnera el derecho a la prueba pertinente, que integra el contenido esencial del derecho de defensa, y hace nugatoria la posibilidad del imputado de establecer un hecho favorable a su pretensión de libertad. El Tribunal Constitucional cuando juzgó la legislación sobre terrorismo (STC, Exp. Nº 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, párrs. 147-163) justificó una limitación similar –con la que discrepamos abiertamente– en la necesidad de preservar la vida o integridad corporal de los policías; empero, bajo ese mismo razonamiento, el fenómeno violento del terrorismo, unido a la experiencia implícitamente invocada en dicho fallo, no es el mismo que el asociado al tráfico de drogas y, además, las características del narcotráfico no son equivalentes en cada modalidad delictiva, de suerte que una prohibición genérica, sin dar al juez la facultad de apreciar si existe fundado peligro para el policía llamado como testigo y pueda colegir que los mecanismos de protección son insuficientes, es irrazonable e impropia de una legislación procesal penal de un Estado de Derecho.

8. FÁRMACO DEPENDENCIA: TRATAMIENTO ESPECÍFICO

El art. 28º del Decreto Ley Nº 22095 dispone que la condición de drogadicto sólo se determinará previo peritaje médico legal, expedido a solicitud de juez competente y con citación del Fiscal. El examen en sí debe ser realizado por médicos psiquiatras, con arreglo a lo dispuesto en el art. 189º del Código de 1940. La entidad responsable de proporcionar los peritos médicos es el Instituto de Medicina Legal del Perú, por imperio del art. 1º de la Ley Nº 24128, de 23 de junio de 1985. El órgano de gobierno del Ministerio Público, por Resolución Nº 523-97-SE-TP-CEMP, de 18 de octubre de 1997, aprobó los Protocolos de Procedimientos Médico-Legales, entre los que se encuentran tanto el protocolo de evaluación psiquiátrica cuanto el de pericia psicológica.

El indicado art. 28º establece, además, (1) que el Fiscal presenciará obligatoriamente el examen del estado mental que haga el Juez, y (2) que los peritos médicos tendrán en cuenta la naturaleza y cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, así como la historia y situación clínica del sindicado. Lo primero ha estado siendo interpretado por Jueces y Fiscales como su obligatoria presencia en el examen o entrevista personal que realizan los peritos médicos, cuando en puridad esta norma se refiere esencialmente a las diligencias realizadas en el orden jurisdiccional civil para los efectos de rehabilitación o curatela (arts. 20º y 22º del Decreto Ley Nº 22095), desde que el procedimiento penal está sujeto por su propia naturaleza a reglas específicas y, esencialmente, al principio de inmediación en la relación imputado, fiscal y juez en la etapa de instrucción, que importan además la decisión del examen mental sobre la base de sospechas fundadas de la autoridad judicial, y, luego, al examen de los peritos (arts. 189º y 167º CPP 1940).

Por otro lado, el art. 29º de dicho Decreto Ley estipula que el drogadicto procesado por delito de tráfico ilícito de drogas puede ser internado, por disposición judicial en un Centro Estatal de Rehabilitación para fármaco-dependientes, a cuyo término será puesto a disposición del Tribunal para que le imponga la condena penal compatible con el delito.

Es de entender, desde una perspectiva procesal, que este internamiento –o mejor dicho internación provisional– constituye un supuesto de incapacidad procesal del sujeto tanto en los casos que importen afectación mental determinante de un estado de inimputabilidad (art. 20º.1 CP), cuanto en los de afectación sobrevenida al delito, instituido con fines terapéuticos. Hay que tomar en consideración el nivel de adicción y determinar si ello lo incapacita para soportar el procedimiento penal. Por lo demás, es de tener presente lo dispuesto en los arts. 74º, 76º y 77º del Código Penal y, consecuentemente, que es posible imponer una medida de seguridad tanto a un toxicómano imputable relativo cuanto a un toxicómano inimputable, en cuyo caso el período de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio de que el juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento. El internamiento, en estos casos, importará la suspensión del procedimiento sólo cuando la drogadicción alcance un nivel que lo incapacite procesalmente.

Destacan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que el consumo de drogas incide en las facultades psíquicas del autor de un delito, lo que puede ser valorado, desde el Código Penal español en cuatro niveles [87]. De ellos, son relevantes para nuestro Código Penal dos: 1) el de la *exención* (art. 20º.1 CP), que se presenta cuando el sujeto cometió un delito bajo intoxicación plena o cuando se hallaba bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia (para la exención habrá de constatar el presupuesto biológico: intoxicación plena, síndrome de abstinencia, y el efecto psicológico que produzcan, de impedir al sujeto comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión); 2) el de la *eximente incompleta* (art. 21º CP), que es un problema de graduación del efecto psicológico que puedan tener las intoxicaciones y el síndrome de abstinencia, por lo que si la alteración de las facultades intelectivas o volitivas es parcial, se aplicará la eximente incompleta. Ahora bien, desde el art. 77º CP también puede presentarse un tercer nivel, pues prevé la posible internación de un toxicómano imputable, fuera del supuesto del imputable relativo. Aquí la adicción debe ser de tal nivel, aunque de menor entidad que la eximente incompleta, que exija un tratamiento médico, visto el desorden biológico de la adicción y sus efectos psicológicos, aunque menores al que determina la eximencia incompleta.

V. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS FISCALES

1. ASPECTOS GENERALES

Los delitos que afectan la hacienda fiscal, es decir, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución o redistribución de los egresos, sea en relación a los tributos internos o referidos al control aduanero de las mercancías [88], por el carácter esencial del sistema tributario al que protege y constituir eje de la política social del Estado ha sido objeto de

---

[87] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 427-429.

[88] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, pp. 476 y 496.

un tratamiento legal especializado. Luego de estar regulado en el Código Penal de 1991, el legislador optó por recurrir a las leyes penales especiales y a configurar procedimientos con especialidades procedimentales y a procedimientos especiales sobre la idea de la colaboración eficaz.

La norma común, que contiene puntuales referencias procesales, es el Código Tributario (Decreto Legislativo Nº 816, de 21 de abril de 1996, con las modificaciones dispuestas por las Leyes Nº 27038, de 31 de diciembre de 1998, y Nº 27335, de 31 de julio de 2000; actualmente tiene un TUO aprobado por D. S. Nº 135-99-EF de 19 de agosto de 1999). En lo referente a los impuestos internos, la norma procesal básica es la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo Nº 813, de 20 de abril de 1996), siendo subsidiaria, por contener un extremo referido a las recompensas para los denunciantes de este delito, la denominada "Ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria" (Decreto Legislativo Nº 815, de 20 de abril de 1996). Estas tres normas se promulgaron al amparo de la ley de legislación delegada Nº 26577, de 27 de diciembre de 1995.

Respecto de los impuestos externos, las normas básicas son: la Ley de los Delitos Aduaneros, Ley Nº 28008, de 19 de junio de 2003 –norma que ha venido a sustituir a la Ley Nº 26461, de 8 de junio de 1995 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 121-95-EF, de 15 de agosto de 1995– y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 121-2003-EF, de 27 de agosto de 2003, en concordancia con el TUO de la Ley General de Aduanas y su Reglamento.

2. Disposiciones comunes

A. Jurisdicción, competencia y trámite general

Los delitos tributarios son investigados y juzgados por la jurisdicción penal ordinaria, tal como lo estipula el art. 189º, primer párrafo, del Código Tributario, modificado por la Ley Nº 27038. Ambos delitos se siguen bajo el procedimiento común, sin embargo el delito tributario, de conformidad con el art. 2º de la Ley Nº 26833, de 3 de julio de 1997, está sometido al procedimiento ordinario común, mientras que el delito aduanero –también sometido a la regla general de competencia de la justicia ordinaria– lo está sometido al procedimiento sumario o abreviado, según lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la ya citada Ley Nº 28008.

El nuevo art. 189º *in fine* del Código Tributario reguló la posibilidad de instituir Juzgados Especializados en materia tributaria y nombrar Fiscales Ad Hoc, cuando las circunstancias especiales lo ameriten o a instancia del Ministerio de Economía y Finanzas. Sobre esa base, aunque con mayor profundidad, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa Nº 339-97-CME, de 18 de marzo de 1997, encargó a la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el conocimiento en última instancia y de manera exclusiva de los delitos tributarios y aduaneros; y, a la vez, creó un circuito judicial propio para dichos delitos fiscales, integrado por Salas Superiores y Juzgados Especializados, con sede funcional en el Distrito Judicial de Lima (R. A. Nº 130-CME-PJ, R. A. Nº 269-CME-PJ y R. A. Nº 001-I-STP-EDTA, de 19 de marzo de 1997). Este modelo de organización fue seguido por el Ministerio Público, mediante Resoluciones Nº 243-97-MP-FN-CEMP, Nº 244-97-MP-FN-CEMP y Nº 245-97-MP-FN-CEMP, todas de 26 de marzo de 1997.

Las indicadas normas, luego de la normalización del Poder Judicial y del Ministerio Público, fueron dejadas *sin efecto* por la Resoluciones del Poder Judicial Nº 005-2000-SP-CS, de 2 de diciembre de 2000, y Nº 11-2000-CT-PJ, de 20 de diciembre de 2000, así como por la Resolución del Ministerio Público Nº 063-2000-MP-FN, de 3 de diciembre de 2000, de suerte que el conocimiento de estos delitos está, desde esa fecha, sujeta a las competencias regulares correspondientes.

Por su parte, la Tercera Disposición Complementaria de la Ley Nº 28008, de delitos aduaneros, siguiendo parcialmente a su precedente, estatuyó que la "Fiscalía de la Nación dispondrá la asignación de un grupo no menor de veinticuatro Fiscales para la investigación y los procesos derivados de los delitos tipificados en la presente Ley". Empero, ello en nada afecta los criterios de competencia territorial ni de organización regular de la justicia penal a través de los Distritos Judiciales.

B. Persecución penal y sanción administrativa

El Código Tributario tiene al respecto dos reglas especiales: **1.** El art. 190º, que dispone que las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar.

2. El nuevo art. 192º, III y IV párrafos, que señalan, de un lado, que la Administración tributaria, de constatar hechos que presumiblemente

constituyan delito tributario o estén encaminados a este propósito, tiene la facultad de formular denuncia ante el Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela el procedimiento penal y el administrativo, y a constituirse en parte civil. En tal supuesto, de ser el caso, emitirá las Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa u Órdenes de Pago que correspondan, como consecuencia de la verificación o fiscalización, en un plazo no mayor de treinta días de la fecha de notificación del auto de apertura de instrucción, al punto que en caso de incumplimiento el Juez Penal podrá disponer la suspensión del proceso. De otro lado, en caso de iniciarse el proceso, el órgano jurisdiccional notificará todas las resoluciones que se emitan (informes periciales, finales y dictámenes del Ministerio Público).

El primer punto envuelve una discusión con el *ne bis in idem*. El segundo encierra una opción clarísima: el rechazo de la *prejudicialidad administrativa tributaria*, aunque –y esto es lo grave– es una opción relativa, pues impone a la Administración un plazo de 30 días para culminar el procedimiento, y de no ser así el proceso penal debe suspenderse, lo que altera toda la lógica de las relaciones entre administración y jurisdicción, sentadas en base a la primacía de la segunda. Asimismo, crea una obligación al Poder Judicial, alterando igualmente las reglas procesales, pues independientemente de las notificaciones que deben cursarse al Procurador Público respectivo en los marcos del proceso incoado, debe ponerse en conocimiento determinadas decisiones y dictámenes al propio Órgano Administrador del Tributo.

Es claro que instaurado un proceso penal, no puede suspenderse a la espera de la culminación del procedimiento administrativo y, luego, en la vía contenciosa-administrativa, lo que está explicado, es de insistir, en la independencia de ambos órdenes y la primacía de la jurisdicción penal.

Por otro lado, sobre las sanciones administrativas y penales, el Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia constitucional española, estableció que el principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal. En la *formulación material*, se proscribe que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto último entendido en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido (*vid.*

art. 139º.13 Const.); y, en la *vertiente procesal*, implícito en el derecho al debido proceso (*vid.* art. 139º.3 Const.), que proscribe que un mismo hecho pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto (v. gr.: un proceso en el orden administrativo y otro en el penal, o dos procesos en un solo orden con el mismo objeto). Asimismo, ha matizado esa declaración general (*vid.* STCE 47/1981), reconociendo: **a)** que es posible que el ordenamiento jurídico reconozca una dualidad de procedimientos, pero en ese caso –en tanto en cada orden ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos– aun cuando cabe una apreciación jurídica independiente de cada orden, no procede respecto de la apreciación de los hechos, en cuya virtud el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que decida la jurisdicción penal; y, **b)** que también es factible que se habilite la posibilidad de complementar una sanción (imposición de una pena por el delito cometido e imposición de una sanción disciplinaria suplementaria), en tanto que en el orden administrativo ésta resulte insuficiente en lo tocante a los bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la conducta perpetrada [89].

Desde esa doctrina, es de entender que el principio *ne bis in idem* es, a fin de cuentas, un principio general de derecho de relevancia constitucional. PARADA, en orden tal circunstancia, considera que la Administración no puede sancionar unos hechos que el órgano jurisdiccional penal ha declarado inexistentes o simplemente no probados [90]. La potestad sancionadora de la Administración tiene límites. Uno de ellos es la subordinación de los actos sancionadores de la Administración a la autoridad judicial. Este límite, explica GARRIDO FALLA [91], exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. Dos consecuencias son relevantes al caso: **1.** La imposibilidad que la Administración lleve procedimientos sancionatarios en aquellos casos en que los hechos pueden ser constitutivos de delito según la ley penal, mientras el juez no se haya

[89] STC Asunto "Carlos Israel Ramos Colque", Exp. Nº 2050-2002-AA/TC, 16 de abril de 2003, párrs. 19 y 23 (*El Peruano*, Lima, 30 de mayo de 2003, pp. 6279-6286).

[90] PARADA, Ramón: *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, T. I, p. 550.

[91] GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992, Vol. II, p. 154.

pronunciado sobre él. **2.** La necesidad de respetar la cosa juzgada, la cual despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye verdad jurídica, y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

Lo expuesto no hace sino demostrar la ilegitimidad del citado artículo del Código Tributario que permite procedimiento penal y tributario-administrativo paralelos sobre los mismos hechos que revisten caracteres de delito. Por ello, lo que corresponde a la Administración es remitir al Ministerio Público todo lo actuado y condicionar la resolución definitiva correspondiente a lo que se decida mediante resolución firme en la jurisdicción penal [92].

Finalmente, llama la atención el retroceso operado con el nuevo art. 192º del Código Tributario en materia de interdicción de la prejudicialidad administrativa, pues con la salvedad consignada –el plazo de 30 días y la consecuente suspensión del proceso penal si la propia Administración excede el mismo–, llanamente se coloca a la jurisdicción penal, inconstitucionalmente, a expensas de la actuación administrativa.

C. Facultad para denunciar delitos

El Código Tributario en materia de denuncia de la Administración Tributaria por la comisión de delitos tiene dos normas: **1.** El nuevo art. 192º, tercer párrafo, CT, que estatuye que la Administración Tributaria, de constatar hechos que presumiblemente constituyan delito tributario, tiene la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público. **2.** El art. 193º, que prescribe que la Administración Tributaria formulará la denuncia correspondiente en los casos que encuentre indicios razonables de la comisión de delitos en general, quedando facultada para constituirse en parte civil.

En lo que concierne al delito tributario (en puridad, delito fiscal que comprende la defraudación tributaria y los delitos aduaneros: contrabando y defraudación de rentas de aduana, que en el Código Penal

---

[92] La doctrina penalista es conteste al respecto. Así, BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 475; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2000, pp. 491-492; REYNA ALFARO: *Manual de Derecho penal económico*, cit., pp. 633-634.

vigente estaban unificados bajo el rubro de "delitos tributarios"), es de apuntar, en primer lugar, que nuestro sistema de persecución penal se sustenta en el principio de legalidad u obligatoriedad, en cuya virtud establecidas las bases materiales mínimas de racionalidad de la comisión de un delito, el Ministerio Público está obligado, bajo responsabilidad penal, a promover la acción penal. Como excepción y basadas en consideraciones preventivas de falta de necesidad y de merecimiento de pena (*poena naturalis*, delitos bagatela y mínima culpabilidad), el Fiscal puede abstenerse de ejercitar la acción penal. En segundo lugar, y sobre esta base conceptual, es de acotar que la Administración no puede invertir esta regla general. Dos son los motivos que justifican esta posición:

1. Las atribuciones de derecho penal están reservadas al Ministerio Público y al Poder Judicial, por imperio de los arts. 158º –incs. 4 y 5– y 139º –incs. 1 y 10– de la Constitución. Estas normas consagran, de un lado, la titularidad exclusiva del Ministerio Público para ejercer la acción penal y conducir la investigación del delito; y, de otro lado, los principios de la función jurisdiccional de la exclusividad judicial y la garantía procesal. Esta última garantía, apunta José ALMAGRO NOSETE, importa la indisponibilidad de las normas procesales y la imperatividad de su observancia, que le confiere al proceso un carácter de necesariedad [93]. Por tanto, las posibilidades de persecución penal frente a la comisión de un delito sólo son arbitradas por el Ministerio Público, que se abstendrá de promover la acción penal si se dan los supuestos excepcionales, siempre vinculados a la idea de *interés público en la persecución*, fijados en el art. 2º del Código de 1991.

2. A esta incompetencia material, derivada de la propia fuente constitucional, se une la ausencia de pautas objetivas determinantes de la decisión de persecución penal de un delito tributario. Ello importará que su ejercicio no tendrá bases razonables por ausencia de referentes legales, por lo que su aplicación indudablemente afectará el principio de igualdad, y, por tanto, será inconstitucional por afectar el art. 2º.2 de la Ley Fundamental. Si la criminalización primaria está sujeta al principio de legalidad penal, igualmente la persecución de los delitos debe

[93] ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1994, p. 30.

tener baremos legales ineludibles; la ley, en este caso, debe ser igualmente clara, expresa e inequívoca. Se trata no sólo de una garantía de libertad a favor del ciudadano, sino además de un principio general de seguridad jurídica que procura garantizar la aplicación equitativa del poder punitivo del Estado.

El art. 193º del Código Tributario, en cambio, impone a la Administración Tributaria una obligación de denuncia en los casos en que encuentre indicios razonables de la comisión de delitos en general y le reconoce una facultad procesal ineludible: constituirse en parte civil en el proceso penal correspondiente. Ello significa que no hay discrecionalidad para denunciar cuando como consecuencia de sus actuaciones advierta bases razonables de la comisión de delito: está obligada a hacerlo, salvo que se trate de delitos tributarios; si el delito advertido afecta el interés de la administración tributaria, está facultada para constituirse en parte civil.

D. Recompensas para el denunciante

Tanto la Ley de Delitos Aduaneros cuanto la Ley Penal Tributaria contemplan un sistema de denuncias y recompensas para el denunciante, esto es, aquella persona que comunica a la Administración Tributaria, incluso la Aduanera, o a la Policía Nacional o a la Fiscalía, la comisión de hechos penalmente relevantes que den lugar al esclarecimiento y persecución de los que resulten responsables.

El art. 21º de la Ley de Delitos Aduaneros prescribe que los fondos obtenidos del remate de las mercancías y efectos del delito de contrabando y defraudación de rentas de aduana, deducidos los costos correspondientes, se distribuirán entre el denunciante, el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional, correspondiéndole al primero el 40%. Obviamente, en la sentencia el Juez deberá identificar, de existir, a la persona del denunciante y precisar que tiene derecho a la recompensa fijada por la ley (art. 40º). Según el art. 38º se considera denunciante a quien ponga en conocimiento de las autoridades competentes, la comisión de delitos aduaneros; y, la recompensa le será abonada conforme al porcentaje fijado en el art. 21º.

El art. 11º de la Ley Penal Tributaria señala que denunciante es aquel que pone en conocimiento de la SUNAT la comisión, mediante actos fraudulentos, de las infracciones contempladas en el art. 178º del

Código Tributario. Es obvio que si se estipula la existencia de fraude en los supuestos del art. 178º del Código Tributario, también se está haciendo mención a la comisión del delito de defraudación tributaria, por lo que esta figura del denunciante también es aplicable a la persecución penal. El nombre del denunciante será mantenido en reserva y corresponde a la SUNAT, no al Poder Judicial, la evaluación y pago de la recompensa correspondiente, la cual será fijada por Resolución de Superintendencia y no puede ser superior al 10% del importe efectivamente recaudado por la SUNAT respecto de la deuda tributaria materia de la denuncia. El pago de la recompensa está condicionado a que la información proporcionada sea veraz, significativa y determinante para la detección del ilícito tributario.

Un serio problema que trae consigo este sistema es el del anonimato del denunciante impuesto en las dos leyes: en la Ley Penal Tributaria el control de la reserva de la identidad del denunciante corresponde a la SUNAT (art. 17º) y en la Ley de Delitos Aduaneros es de responsabilidad de la Fiscalía (art. 38º, segundo párrafo). Este modelo de administración del beneficio puede traer consigo una efectiva indefensión material del imputado al vérsele privado de convocar al denunciante para ser interrogado y someter su versión al principio del contradictorio. En todo caso, ante la absoluta necesidad del interrogatorio del denunciante, vista su pertinencia y utilidad, en aras del respeto al derecho de defensa (arts. 139º.14 de la Constitución y 14º.3.'e' del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y al principio general del debido proceso (juicio justo y equitativo, art. 139º.3 de la Constitución) la SUNAT debe proporcionar el nombre del denunciante y éste ser convocado a juicio para que preste testifical.

E. Características singulares del procedimiento penal tributario

El Código Tributario reconoce dos especialidades del procedimiento penal tributario. En primer lugar, señala que el Juez no impondrá en la sentencia el pago de la reparación civil en favor del Fisco, cuando la Administración Tributaria haya hecho efectivo el cobro de la deuda tributaria correspondiente, que es independiente de la sanción penal (art. 191º). En segundo lugar, prescribe que los informes técnicos o contables emitidos por los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria–SUNAT, que realizaron la investigación administrativa del presunto delito tributario, tendrán, para todo efecto legal, el valor de informe de peritos de parte (art. 194º).

La no imposición de la reparación civil, que importa una alteración de la regla general de fijación de la misma en toda sentencia condenatoria (art. 285º del Código de 1940), se explica por el hecho que la Administración al amparo del Código Tributario realiza el cobro coactivo de la deuda tributaria, la cual no sólo está referida al valor del impuesto afectado, sino también comprende el pago de multas, moras, recargos e intereses, con lo que se cubre ampliamente el concepto indemnizatorio previsto en el art. 93º del Código Penal.

Las investigaciones realizadas por la Administración Tributaria para considerar si existen bases razonables de comisión delictiva, especialmente los informes técnicos y contables correspondientes, no pueden sino tener el carácter de pericia de parte. No pueden ostentar la calidad de pericia oficial porque se trata de un órgano comprometido con el interés fiscal y que en ese caso actúa contra el administrado, por lo que al no reunir los requisitos de imparcialidad y objetividad, que importan lejanía con el objeto procesal propios de todo perito, no es posible darle una cobertura de oficialidad, lo que iría en desmedro de un proceso justo y equitativo.

3. El procedimiento penal tributario

La Ley Penal Tributaria contiene dos reglas especiales referidas a la promoción de la acción penal y a la medida cautelar personal de comparecencia.

A. La acción penal

La promoción de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, sólo puede llevarse a cabo a petición del Órgano Administrador del Tributo, a quien se le considerará parte agraviada. A estos efectos, si la Administración presume la comisión de delito tributario, privativamente le corresponde la realización de una investigación administrativa, a cuyo efecto podrá contar con el apoyo de la Policía. Asimismo, si la Policía, el Ministerio Público o el Juez presuma la comisión de un delito tributario, están obligados a poner este hecho en conocimiento de la Administración Tributaria, para que sea ella la que realice una previa investigación administrativa. Así aparece normado en los arts. 7º al 9º de la Ley Penal Tributaria.

Como se puede advertir de estas disposiciones legales, el delito tributario está concebido como un *delito semipúblico*: se persigue a instancia exclusiva de la víctima y, una vez que se autoriza la persecución penal,

interviene el Ministerio Público y ya no es posible la cesación del procedimiento por voluntad de aquélla.

La doctrina mayoritaria, al igual que nosotros, considera equivocada esta opción legislativa. Es sintomático al respecto la posición adoptada por el legislador español, pues precisamente la Ley Orgánica 2/1985 que modificó la anterior legislación (Ley Nº 50/1977 de 14 de noviembre) desapareció las limitaciones administrativas para ejercitar la acción penal que contenía la legislación anterior, que en este aspecto era semejante al actual modelo de la Ley Penal Tributaria nacional. Cinco son los riesgos de esta administrativización del ejercicio de la acción penal:

1. La Administración puede elegir a sus víctimas, de suerte que los criterios de criminalización no se amoldarían a las previsiones del derecho penal [94].
2. El ejercicio público de la acción penal propende a que los ciudadanos tengan la convicción desde el comienzo que van a estar a salvo en esta materia de cualquier posible actuación arbitraria o discriminatoria por parte de los órganos de la Administración. La situación de inseguridad jurídica y las posibilidades de abuso son mayores que las que existirían si la acción penal fuese pública cuando el monopolio de la acción penal lo tiene la Administración.
3. La índole comunitaria del bien jurídico, apunta RODRÍGUEZ MOURULLO, impide considerar la persecución de este delito a cargo de la Administración. Resulta paradójico que a un delito que afecta la propiedad privada sea perseguible de oficio mientras que otro que afecta el erario público y, por consiguiente, al patrimonio común, tenga una perseguibilidad limitada [95].
4. La exclusión de la persecución de oficio supone un atentado contra la división de poderes, que consagra el art. 43º *in fine* de la Constitución, pues ello conduce a un sometimiento intolerable, en materia de tanta trascendencia social, del Poder Judicial al Poder Ejecutivo.

---

[94] SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Fraude tributario*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1977, p. 212.

[95] Citado por MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 384.

5. Si bien es necesario garantizar un adecuado y razonable ejercicio de la acción penal, y vista la complejidad del fenómeno tributario (complejidad de las normas tributarias vigentes y la enorme cantidad de normas reglamentarias con perfiles muy técnicos), lo único que podría aceptarse es que la Administración determine la existencia de la deuda tributaria y su cuantía, sin que la jurisdicción penal esté vinculada a los efectos de la punición por aquella determinación administrativa, tal como se establece en la Recomendación Quinta de las V Jornadas Luso-Hispanoamericanas de estudios de Derecho Tributario. Otra opción es la acogida, en su momento, por la Ordenanza Tributaria alemana que estipula que cuando exista sospecha de la comisión de un delito tributario, la autoridad tributaria investigará la situación de hecho, pese a lo cual el Ministerio Público podrá reclamar para sí en cualquier momento la realización o continuación de las investigaciones hasta formular el requerimiento penal respectivo.

Por otro lado, la ley peruana, a diferencia de la Ley Penal Tributaria argentina (Ley Nº 23771), abre una nueva etapa en la investigación del delito: la administrativa, sin intervención de la Fiscalía y con el entero dominio de la Administración, al punto que asume una total discrecionalidad para formular denuncia penal ante el Ministerio Público. Desde esta perspectiva, el Decreto Supremo Nº 07–94–IN, de 19 de octubre de 1994, creó la Unidad Especial de Investigaciones Tributarias de la Policía Nacional del Perú, como entidad adscrita a la SUNAT, con el fin de investigar los delitos de defraudación tributaria y conexos, así como los que en ejercicio de sus funciones detecten los diversos órganos conformantes de la misma. Las funciones técnico policiales de esta Unidad las debe desarrollar de acuerdo a los lineamientos fijados por la SUNAT, aunque pueden realizar investigaciones complementarias, una vez la causa esté en sede fiscal o jurisdiccional, siempre que lo ordenen la Fiscalía o del órgano jurisdiccional. Esta norma, empero, fue dejada sin efecto por el D. S. Nº 9-2000-IN, de 8 de diciembre de 2000, de suerte que en el ámbito policial la investigación está a cargo de la Dirección Especializada pertinente.

Esta opción legislativa, aun cuando aparentemente pueda tener justificación razonable a partir de la especialización y competencia técnica de los órganos de la Administración Tributaria, lo cual permitirá esta-

blecer con mayor solvencia la realidad de un fraude tributario, no tiene sin embargo el menor apoyo constitucional. En efecto, el art. 159º.4 de la Ley Fundamental atribuye, con exclusividad, al Ministerio Público la función de conducir *desde su inicio* la investigación del delito. Esta norma es categórica: la investigación del delito es función privativa de un órgano autónomo del Estado, integrado como es evidente al ordenamiento judicial: el Ministerio Público. Por consiguiente, tanto la Administración cuanto el Poder Judicial no pueden avocarse a una tarea privativa de la Fiscalía, por lo que la denominada "*investigación administrativa del delito*", como fase autónoma a la de los órganos del control penal, no es legítima desde las propias fuentes constitucionales.

B. La medida provisional personal de comparecencia

Cuando el juez desestime la imposición de la prisión preventiva, la medida provisional personal debe ser la de comparecencia restrictiva y con obligatoria imposición de una caución al imputado. La caución, además, está sujeta a reglas fijas. Así tenemos:

1. La caución para el tipo penal básico y el agravado de defraudación tributaria, así como para el delito contable, está sujeta a las reglas generales sobre la materia impuestas en el Código Procesal Penal.
2. Para las modalidades especiales de defraudación tributaria, la caución asciende al 30% del monto de la deuda tributaria actualizada, con exclusión de las multas.
3. Para el delito de obtención fraudulenta de exoneraciones tributarias, la caución será no menor al monto efectivamente dejado de pagar, de acuerdo a la estimación que de éste realice la Administración. Para el supuesto de anulación o provocación de insolvencia patrimonial, la caución será no menor al 50% del monto de la deuda tributaria actualizada, con exclusión de la multa.
4. No obstante las reglas anteriores y en todos los casos, la caución está sujeta a un monto mínimo, que es fijado por la Administración.
5. Si se ha cumplido con el pago de la deuda tributaria actualizada, el monto de la caución se fijará de acuerdo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, así como a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.

6. En casos de concurso de personas, el partícipe abonará un monto por caución no menor de 10% que la que corresponda al autor o coautores. Si existe pluralidad de autores y partícipes, la caución será solidaria entre todos ellos.

En los casos de libertad provisional, el monto de la caución se rige por las mismas reglas fijadas anteriormente para el caso de la comparecencia caucionada.

Ahora bien, es del caso recordar lo señalado en el capítulo respectivo: **a)** que el derecho a la libertad individual (art. 2º.24 Const.) está garantizada por la Ley Fundamental; **b)** que el estado normal de un ciudadano sometido a proceso penal es la libertad, la cual puede subordinarse a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio (art. 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); **c)** que las medidas provisionales personales tienen como objetivo garantizar la efectividad de la potestad jurisdiccional, previniendo conductas dañosas de los imputados, las cuales están sujetas a dos grandes presupuestos materiales: el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*, siendo este último presupuesto lo que diferencia una medida provisional de una medida ejecutiva y, en todo caso, justifica este tipo de instituciones procesales, puesto que la coerción procesal debe ser compatible con el principio de proporcionalidad o, mejor dicho, de intervención indiciaria; **d)** que el principio de proporcionalidad regula la intervención estatal contra los derechos individuales de las personas con fines provisionales (cautelares, tuitivos y aseguratorios) y, es de insistir, permite sostener la legitimidad tanto de la prisión preventiva como de sus alternativas, en este caso, la caución y la propia libertad provisional; y, **e)** que, es de rigor enfatizarlo, su imposición está determinada, caso por caso, por la presencia de una perturbación de la actividad probatoria o de un fundado riesgo de fuga, siendo de competencia judicial decidir cuándo se dan o acreditan los presupuestos que las habilitan, por lo que el legislador no puede invadir lo que es propio de la jurisdicción: definir hechos y subsumirlos en las normas jurídicas (arts. 43º *in fine* y 139º.1 de la Constitución).

A partir de lo expuesto es posible asegurar, siguiendo a Daniel R. PASTOR [96], que:

---

[96] PASTOR, Daniel R.: "Libertad bajo caución en el proceso por delito fiscal", en: AA.VV.: *El derecho penal hoy*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 420-422.

1. Es inconstitucional toda regla que establezca obligatoriamente la privación de libertad del imputado o fije condiciones imperativas para el aseguramiento de la libertad procesal que no se relacionan con una situación de peligrosismo procesal, pues ello repugna con la regla de prohibición de aplicar penas sin juicio previo.
2. La obligación abstracta de asegurar siempre bajo caución real los compromisos procesales, como es el caso de la Ley Penal Tributaria, es inconstitucional también porque únicamente de la prueba del caso puede surgir la necesidad, racionalmente fundada, de que una situación de peligrosismo procesal deba ser neutralizada de determinado modo. Una tal disposición usurpa a favor del legislador la función judicial que con exclusividad compete a los jueces.
3. Es, asimismo, inconstitucional correlacionar el monto de la caución con el monto del perjuicio, toda vez que la única función atribuible a la detención y a sus alternativas es asegurar los fines de la acción penal y no los fines del procedimiento para la obtención del resarcimiento del daño causado con el delito, ya que para asegurar esos fines existe el embargo y el secuestro de bienes, según el caso. En la Ley Penal Tributaria se da una situación aún más singular: el monto de la caución, en todo caso, es el señalado por la Administración, de donde resulta que el criterio de una parte es vinculatorio al juez, con lo que se vulnera no sólo el principio de exclusividad jurisdiccional sino el de igualdad procesal, ambos de raíz constitucional.
4. En suma, lo que se lesiona con el Título II de la Ley Penal Tributaria nacional es el principio del debido proceso (art. 139º.3 Const.), vulneración que implica la inobservancia de su manifestación más importante, el trato de inocente, a través de la aplicación, anterior al juicio y a la condena, de medidas restrictivas de la libertad del imputado que significan, también, la anticipación de la condena civil.

La caución, como ya se dejó anotado, no está en función a la magnitud del perjuicio y menos su monto puede ser delimitado por una parte procesal. Su objeto es garantizar la comparecencia del imputado cuando fuere llamado o citado por el Juez que conozca de la causa; y, para

fijar su monto, como enseña CHICHIZOLA [97], se debe tener en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y los antecedentes del proceso, y todas las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad; de igual manera, en todos los casos debe atenderse muy especialmente a la posición económica o medio de vida del procesado, para no exigir una caución de imposible realización haciendo ilusoria la excarcelación.

4. EL PROCEDIMIENTO PENAL ADUANERO

Dos son las reglas especiales que incorpora el procedimiento penal aduanero. La primera está vinculada a la titularidad de la investigación y a la función de la policía. La segunda a la medida provisional real de secuestro o incautación. También incorpora un supuesto de prueba institucional preprocesal.

A. La investigación del delito aduanero

A diferencia del procedimiento penal tributario, la investigación del delito aduanero no le corresponde a la SUNAT [98] ni existe formalmente una fase preprocesal administrativa de investigación del delito. La Policía, sin embargo, según la Ley General de Aduanas, en su Segunda Disposición Complementaria (Decreto Legislativo Nº 809, de 19 de abril de 1996), sólo puede intervenir auxiliarmente en actividades relacionadas con funciones y materia aduaneras, mediante investigaciones y pesquisas, previo requerimiento y coordinación con las autoridades aduaneras, informando a éstas del resultado de sus acciones.

La Ley de los delitos aduaneros modifica esa situación, dado que: a) el Ministerio Público dirige la investigación de dichos delitos, de suerte que si el Fiscal decide iniciar investigaciones y ordenar su actuación a la Policía, la Administración no puede impedirlo y, menos, condicionar su

---

[97] CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963, pp. 109-110.

[98] En mérito a la Ley Nº 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, de 30 de enero de 2002, se expidió el Decreto Supremo Nº 061-2002-PCM, de 12 de julio de 2002, que fusionó ADUANAS con la SUNAT, bajo la modalidad de fusión por absorción, correspondiéndole a la SUNAT la calidad de entidad incorporante, de suerte que toda referencia normativa a ADUANAS o a las funciones que venía ejerciendo se entenderá hecha a la SUNAT.

desenvolvimiento a lo dispuesto en la citada Segunda Disposición Complementaria de la Ley General de Aduanas; **b)** la Policía, sin embargo, de conformidad con el primer párrafo del art. 1º de la Ley Nº 27934, cuya vigencia expresamente reconoce la Ley de los delitos aduaneros (*vid.* art. 19º, segundo párrafo), no puede realizar investigaciones independientes de la decisión del Ministerio Público, en principio sólo actúa si el Fiscal se encuentra impedido de asumir de manera inmediata la dirección de la investigación, lo que presupone conocimiento y eventual autorización previa de este último, salvo claro está los casos de intervención de urgencia y los de flagrancia delictiva, mediación tanto más obvia y necesaria cuando se trata de operaciones policiales de intervención debidamente planificadas; y, **c)** La investigación del delito aduanero debe contar con el apoyo de las autoridades competentes, en especial de ADUANAS.

Un límite a la persecución penal se encuentra previsto en el art. 19º *in fine* de la Ley comentada. Si bien reconoce que los delitos aduaneros son públicos, exceptúa del principio de legalidad u obligatoriedad, los delitos de Defraudación de Rentas de Aduana (*vid.* arts. 4º y 5º), que los convierte en semipúblicos, al prescribir que "...el Ministerio Público ejercitará la acción penal a petición de la Administración Aduanera".

La Octava Disposición Complementaria de la Ley, como se anotó, estatuye que el trámite procesal para estos delitos es el del procedimiento sumario o abreviado. Ello tiene una dimensión particular en el presente caso, dada la declaración genérica del primer párrafo del art. 19º, que dispone que el Ministerio Público dirige la investigación de los delitos. Tal dirección, entonces, debe entenderse respecto de la fase preprocesal o de la investigación preliminar, sin implicar que la instrucción judicial ha sido eliminada, no sólo porque el procedimiento sumario así lo dispone sino porque la necesaria modificación integral del proceso penal, que hace del Fiscal el sueño de la investigación y aleja al Juez de esa función, aún no se ha llevado a cabo.

En consecuencia, el Fiscal es el conductor de la investigación preliminar, y director jurídico funcional de la Policía, por expresa disposición del art. 159º.4 de la Constitución, al punto que las demás autoridades, en este caso, Aduanas, están sujetas a su rol directivo y potestad investigadora. Ello significa que toda operación de búsqueda de evidencia o de ubicación e identificación de implicados en delitos aduaneros debe contar con el conocimiento, control –con las excepciones y moda-

lidades contempladas en la Ley Nº 27934– y, de ser el caso, la participación directiva del Ministerio Público.

Por otro lado, la puesta en conocimiento de un delito de defraudación de rentas de aduana por la Administración no determina que las actuaciones desarrolladas por ésta para justificar su comunicación al Fiscal tengan valor absoluto y vinculen al Fiscal a promover el ejercicio de la acción penal, esto es, a decidir formalizar denuncia penal ante el Juez Penal. El Fiscal, con esa información administrativa, podrá realizar por sí o con el concurso de la Policía una investigación preliminar y, recién, sobre esa base, decidir lo que corresponda con arreglo al art. 94º.2 de la LOMP. La colaboración de Aduanas no constituye un acto protocolar o de mera coordinación, sino una sumisión de sus funcionarios a lo que ordene y requiera el Fiscal, como titular de la potestad de investigación o persecución penal.

B. El secuestro o incautación

El art. 13º de la Ley contempla la medida provisional real de incautación y secuestro de bienes. Las especialidades en orden a esta medida, son las siguientes: **a)** en cuanto al sujeto activo de la medida, corresponde ordenarla al Fiscal (la Ley no prevé el control judicial posterior exigiendo la confirmación judicial), luego, la potestad para limitar el derecho de propiedad no la tiene la Policía ni la Administración Aduanera; **b)** en cuanto al objeto material de la medida, se concentra en "...las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito", esto es, amplía el ámbito de la medida al no limitarse a los *instrumenta scaeleris* y los *producta scaeleris* del art. 102º CP, y extenderse a las cosas materiales que constituyen el objeto del delito, vale decir, al *corpus delicti*, a los objetos del hecho punible y a los objetos obtenidos [99]; y, **c)** en cuanto al destino de los bienes, corresponde su custodia a la Administración Aduanera, a la que debe remitírsele inmediatamente, y si la medida –por cualquier otra circunstancia– se ejecutó por otras autoridades, los bienes deben enviárseles en el término perentorio de tres días hábiles.

Cabe llamar la atención en lo dispuesto en el art. 22º de la Ley, pues expresamente extiende el decomiso a las *ganancias obtenidas por la comi-*

[99] *Vid.* SAN MARTÍN CASTRO, César: "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", en *Ius et Veritas*, Nº 25, Lima, 2002, pp. 325-326.

sión de los delitos. Si bien ello es político criminalmente correcto [100], el art. 13º –vista la objetiva diferenciación que se hace entre efectos del delito y ganancias del delito– no ha dispuesto que la incautación también procede respecto de las ganancias ilícitas. Ello sólo puede significar que el Fiscal, directamente, no puede incautar las ganancias, que sólo puede hacerlo el Juez, en tanto que la incautación como medida provisional en su función cautelar persigue asegurar las diversas consecuencias jurídicas del delito.

Varios problemas presenta esta normatividad. En *primer lugar*, la expresada omisión de la intervención controladora del órgano jurisdiccional respecto a la incautación ejecutada por un órgano público que carece de potestad jurisdiccional [101], lo que obliga a entender que como se limita un derecho fundamental, el de propiedad (*vid.* art. 2º.26 Const.), de cara al principio de proporcionalidad requiere la inmediata resolución, confirmatoria o anulatoria, del Juez Penal. Desde luego, no es ilegítima la incautación de un bien, fuera de los supuestos de intervención previa judicial, siempre exista *fumus comissi delicti* y *periculum in mora* (flagrancia delictiva, indicios razonables de comisión delictiva y de vinculación del implicado en el hecho delictivo, riesgo de ocultamiento de los bienes, necesidad de su aseguramiento), siempre que, acto seguido, la autoridad judicial se pronuncie sobre su legalidad y procedencia, lo que es una consecuencia del requisito extrínseco del principio de proporcionalidad que reconoce en el juez el ser garante de los derechos fundamentales [102].

---

[100] *Vid.* CASTILLO ALVA, José Luis: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 214.

[101] Precisa MORENO CATENA (MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 198-199), que las funciones del Ministerio Público no incluyen lo típico de la jurisdicción: juzgar y ejecutar lo juzgado; que si bien promueve la acción de la justicia, ello lo ubica más cerca de los órganos de postulación; que, sin perjuicio de lo expuesto, es de entender que no está subordinado a ningún poder del Estado, ni mantiene ningún de vinculación o dependencia con el Gobierno; que la naturaleza de su función es más bien administrativa y no judicial, pese a que se encuentra fuera de la organización administrativa establecida para el ejercicio de las funciones del Gobierno, y no depende de éste, sino que opera con autonomía funcional respecto del mismo.

[102] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 135.

En *segundo lugar*, el pretendido carácter permanente de la incautación y secuestro –expresiones sinónimas–, al indicarse en la norma que los bienes "...serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario". El citado art. 13º, primer párrafo, debe entenderse que se circunscribe a los imputados y sólo en relación con los bienes de su propiedad o con los que integran el *corpus delicti*, pero de ninguna manera respecto a terceros ajenos a la infracción, v. gr.: en los que el *instrumenta scaeleris* se utilizó sin consentimiento y conocimiento de su propietario, o en aquellos casos en que un bien incautado es ajeno a la ejecución del delito investigado. Toda medida provisional, como ya se anotó, es variable y sujeta al principio *rebus sic stantibus*, por lo que acreditado incidentalmente que no se dan los requisitos para dictar un decomiso, por razones de homologación, decae la incautación. Esperar un fallo final es lesionar el derecho de propiedad y, procesalmente, introducir un factor indebido de indefensión material, no tolerado por nuestro ordenamiento constitucional.

Respecto de los bienes incautados, la Administración Aduanera, en *primer lugar*, debe realizar el avalúo y reconocimiento físico de la mercadería, elaborando un Informe que lo remite al Fiscal (*vid.* art. 14º), a cuyo efecto la Ley, en los arts. 15º al 18º, fija las reglas que se deben aplicar. En *segundo lugar*, puede disponer la destrucción de la mercadería o su adjudicación, según se encuentre en mal o buen estado y sean utilizables (*vid.* arts. 24º y 25º), aunque se obvia la autorización judicial, instituyendo el simple mecanismo de "*dar cuenta*" al Fiscal y al Juez. En este caso, salvo los casos de fuerza mayor, de bienes prohibidos o que puedan deteriorarse, la disposición de los mismos afecta finalistamente el derecho de los imputados, que tienen consagrado el derecho a la presunción de inocencia y, en lo inmediato, el derecho a la tutela procesal que entraña la exigencia de un juicio de conformidad constitucional de la medida, al no permitir la decisión judicial. En *tercer lugar*, siguiendo el modelo del delito de tráfico ilícito de drogas, la Administración Aduanera al adjudicar los bienes incautados a las entidades previstas en el art. 25º, autoriza expresamente su uso a los fines que son compatibles con la finalidad institucional del órgano beneficiado.

Una modalidad menor de medida provisional real es la inmovilización, que en este caso –conforme al art. 26º de la Ley– recae sobre naves y aeronaves, cuya custodia recae en la autoridad de transporte compe-

tente. La inmovilización, como tal, se limita a ocupar un bien de grandes dimensiones, cuyo traslado es imposible o muy difícil, a los efectos de lo que decida la jurisdicción.

El Reglamento de la Ley de los Delitos Aduaneros (Decreto Supremo Nº 121-2003-EF, de 27 de agosto de 2003), regula la incautación de mercaderías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyen objeto del delito cuando se realice sin presencia del Ministerio Público (mejor debió decirse: "sin orden del Ministerio Público"). Los artículos 4º y 5º del citado reglamento incorporan tres reglas específicas.

En *primer lugar*, se limita a decir que el acto de la incautación de mercancías, medios de transporte, bienes y efectos debe ser puesto en conocimiento del Fiscal Provincial. Es obvio que el Fiscal, dado que el poder procesal de incautación como consecuencia de una presunta comisión delictiva está atribuido al Ministerio Público, está en la absoluta discreción –jurídicamente vinculada, desde luego– de levantarlo inmediatamente si constata su ilegalidad o falta de proporcionalidad.

En *segundo lugar*, si la mercancía incautada –sólo ella– es de exportación prohibida o restringida, el depósito no compete a la SUNAT sino a "...la entidad competente para su control". Este hecho debe ser puesto en conocimiento de la Administración Aduanera.

En *tercer lugar*, en el caso que en la incautación no haya intervenido la autoridad aduanera, los bienes ocupados deberán ser puestos a disposición de la Intendencia de Aduanas de la jurisdicción donde se llevó a cabo la medida. El plazo que fija el Reglamento es el mismo que cuando la incautación la ordenó y ejecutó la Fiscalía: tres días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en el que se produjo la medida, sin perjuicio de informar a la Administración Aduanera dentro de las veinticuatro horas de producida.

Por otro lado, siguiendo la pauta del procedimiento de reconocimiento y valorización, a cargo de la Administración Aduanera, dispuesta por el art. 14º de la Ley, el art. 5º del Reglamento señala que una vez recibidos los bienes incautados, el *reconocimiento físico y avalúo* de lo incautado se producirá, si existen detenidos, en un plazo que no excederá de las veinticuatro horas, cuyos resultados se comunicará de inmediato a la Policía para su remisión al Fiscal, salvo que, por la naturaleza o cantidad de los bienes, esto no sea posible, en cuyo caso la diligencia se concluirá en un plazo que no excederá de tres días; pero de la imposibi-

lidad comunicará, dentro de las veinticuatro horas, a la Policía. Si no existen detenidos, el plazo de la diligencia de reconocimiento físico y avalúo es de tres días, contados a partir del día siguiente a aquél en el que la Administración Aduanera recibió las mercancías.

Un dato nuevo que aporta el Reglamento es que "la remisión del informe de la Autoridad Aduanera, conteniendo el resultado del reconocimiento físico y avalúo de las mercancías incautadas, podrá llevarse a cabo por cualquier medio que permita la constatación de la recepción del mismo por la autoridad destinataria de éste".

Por otro lado, el art. 6º fija con todo detalle las reglas para determinar el valor de las mercancías objeto del delito –sean extranjeras, o nacionales o nacionalizadas–, con la precisión que el valor se expresará en dólares americnos (esa misma referencia se da respecto de la expresión de la base imponible, art. 8º). Asimismo, el art. 7º precisa que la fecha de constatación del delito, que es la base para estimar o determinar el valor de las mercancías a tenor del art. 16º, primer párrafo, de la Ley, es la fecha de la formulación del Acta de Incautación correspondiente.

Una modalidad específica de incautación o, en todo caso, una medida administrativa previa a su ejecución por el Fiscal, se da cuando se trata del delito de defraudación de rentas de aduana. El art. 10º del Reglamento estipula que la Administración Aduanera si detecta indicios de comisión delictiva, "...detendrá el despacho de las mercancías, realizará las acciones administrativas correspondientes y el cálculo del posible perjuicio fiscal". La *detención de una mercadería* en poder de la Administración es, pues, una decisión administrativa que debe ser comunicada al Ministerio Público, en tanto su fundamento es la existencia de indicios delictivos y porque el Fiscal, constitucionalmente, investiga el delito desde su inicio. De otro lado, la determinación del posible perjuicio fiscal es a todas luces una pericia técnica y, como tal, debe cumplir con los requisitos que establece el Código para la prueba pericial.

C. La pericia institucional aduanera

El art. 21º de la Ley confiere efectos probatorios a los Informes Técnicos y Contables emitidos por los funcionarios de la Administración Aduanera [103].

[103] La Corte Suprema ha considerado que si no existe el Informe de Aduanas de aforo y avalúo no se puede concluir por la existencia del delito, lo que por cierto esta-

Lo expuesto significa los Informes técnicos típicamente aduaneros (avalúo, aforo, valorización y liquidación de la mercadería), inclusive los contable-aduaneros, tienen el carácter de Informe Pericial tanto *institucional* cuanto *preprocesal*. Lo institucional viene dado porque es elaborado por especialistas de un Cuerpo Administrativo u Organismo Oficial y, por tanto, gozan de una especial credibilidad, y no están sujetos a las reglas procedimentales para la elaboración de los informes periciales ordinarios. Lo preprocesal se explica porque son actuados con anterioridad al inicio formal del proceso y los peritos no son nombrados por el Juez Penal, situación que no les resta valorabilidad alguna [104].

Otra por cierto es la prueba pericial, que constituye la actividad procesal que se lleve a cabo en el acto oral, mediante la comparecencia del perito ante la presencia del tribunal y de las partes, contestando a las preguntas y repreguntas que éstas les dirijan, con lo que se satisface los principios de contradicción, inmediación y oralidad (*vid.* art. 259º CPP); ello, sin perjuicio, de reconocer excepcionalmente la prueba pericial sumarial (*vid.* arts. 167º y 168º CPP) [105]. De esa diligencia, por cierto, no se salvan los peritos aduaneros, la que es precondición de estimar que el informe tiene carácter pericial y puede utilizarse en la sentencia.

No obstante ello, el reglamento comete un verdadero dislate. El art. 11º establece que los informes técnicos o contables tienen valor probatorio de pericia de parte. El error garrafal del Reglamento estriba, en *primer lugar*, en su inconsistencia jurídica, pues la pericia que hace un órgano público, en el ejercicio de su función, tiene carácter oficial y es

---

blece que se trata de un medio de prueba fundamental para la reconstrucción de los hechos delictivos objeto de imputación (Ejecutoria suprema de 6 de enero de 1998, Exp. Nº 3928-97, La Libertad [ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. I, p. 479]). Otra ejecutoria anuló la sentencia si no se determinó el monto de lo defraudado, en el delito de defraudación de rentas de aduana, para lo cual ordenó que dos peritos realicen la pericia (Ejecutoria suprema de 31 de julio de 1986, Exp. Nº 1225-85, Piura [*Anales Judiciales 1986*, T. LXXIVI, Lima, 1990, p. 238]). Esta decisión debe actualizarse con la Ley Nº 28008 porque quienes deben hacer las pericias son los técnicos de la Autoridad Aduanera, lo que deben establecer, como acto inclusive previo al inicio del proceso, tal circunstancia elevando al Fiscal el Informe Técnico respectivo, que para los efectos legales tiene el carácter de pericia institucional y preprocesal.

[104] Cfr.: CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., pp. 490-500.

[105] Cfr.: CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., p. 490.

institucional, según la moderna orientación de la doctrina procesalista; y, en *segundo lugar*, en su manifiesta ilegalidad, por cuanto si la ley le otorga carácter probatorio a los informes técnicos o contables –señaladamente, el reconocimiento, avalúo y determinación impositiva–, e incluso predetermina un mecanismo pericial *ad hoc*, no puede luego disminuir sus efectos y calidad, trasladando incluso el problema pericial al órgano jurisdiccional, que se va a ver forzado a nombrar peritos en una materia que es propia de la autoridad aduanera.

D. Otras especialidades procedimentales

La Ley prevé, de un lado, (1) la *reserva de identidad* del denunciante; y, de otro lado, (2) la *recompensa*. Lo primero, en tanto medida de protección razonable a imponerse si existe peligro contra la integridad del denunciante o sus allegados, sólo es justificable en la etapa de instrucción, pero nunca en el acto oral, pues generaría indefensión material al imputado. Como es obvio, de cara a un juicio justo y equitativo, que una sentencia se sustente en prueba oculta o en testigos secretos, pues ello vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa del imputado, en concreto las características ineludibles de la prueba penal: inmediación, contradicción y publicidad. Por consiguiente, para que el Juez sustente su decisión en esa versión, debe posibilitar la contradicción y el conocimiento de la identidad del denunciante al imputado.

La *recompensa* es una institución, siempre polémica, que busca movilizar a la población a denunciar los delitos aduaneros, induciendo estructuralmente a la sindicación y colaboración con la justicia a cambio de un premio económico. Se entiende que el denunciante es un sujeto ajeno a la comisión del delito, pues de estar involucrado en su comisión, según su voluntad, puede dar pie al procedimiento por colaboración eficaz, que la Ley expresamente ha reconocido con arreglo a las normas de la Ley Nº 27378 en su Segunda Disposición Final. Por lo demás, el art. 17º del Reglamento ha señalado que el denunciante debe manifestar su voluntad de acogerse a la recompensa al momento de formular la denuncia, y que no puede tener esa condición quien es autor o partícipe en el delito materia de denuncia. La determinación del monto de la recompensa está regulada en el art. 18º del Reglamento: 20% del valor de la mercancía objeto del delito, o si el delito es el previsto en el art. 5º, b) y c), de la Ley, el 10% del monto indebidamente restituido o dejado de pagar.

Un tema polémico es el referido a las sanciones administrativas como consecuencias de un delito aduanero. El art. 12º del Reglamento estatuye que las penas por delitos aduaneros se aplican "...sin perjuicio del cobro del adeudo o del monto de los beneficios tributarios percibidos indebidamente y de las *sanciones administrativas a que hubiere lugar*". Esta disposición, que en primer lugar no tiene el rango normativo necesario para regular un ámbito sancionador punitivo que está sometido a la garantía de legalidad, de ahí su ilegitimidad formal por infringir el principio de reserva de ley, en rigor vulnera claramente la doctrina constitucional del *ne bis in idem* claramente aceptada por el Tribunal Constitucional desde la comentada STC de 16 de abril de 2003, recaída en el Asunto "Carlos Israel Ramos Colque", Exp. Nº 2050-2002-AA/TC, párr. 19.

5. LAS MODIFICACIONES PROCESALES DE LA LEY Nº 27038

A. Introducción

La Ley Nº 27038, de 31 de diciembre de 1998, desde el punto de vista procesal penal incorporó tres reformas muy puntuales al ordenamiento procesal penal tributario. Asimismo, y compatible con las razones que determinaron la reforma tributaria, en su Décimo Tercera Disposición Final, instituyó para las investigaciones tributarias y procesos en trámite, hasta el 31 de marzo de 1999, prorrogada hasta el 30 de junio de 1999, por la Ley Nº 27080, de 29 de marzo de 1999, una causal de excepción de responsabilidad penal de carácter temporal, aunque con mayor aproximación a su naturaleza puede calificarse de una amnistía *sui generis*.

1. La *primera reforma* (art. 189º del Código Tributario) asume los modernos lineamientos político criminales en materia de tributación, introduciendo al efecto una exención de responsabilidad penal, cuando el agente *regulariza su situación tributaria* –pagando la totalidad de la deuda tributaria, o en su caso, devolviendo el reintegro indebidamente percibido o cualquier otro beneficio tributario– antes que se inicie la investigación fiscal o, a falta de ésta, antes que el órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

2. La *segunda reforma* (art. 192º del Código Tributario) introduce una obligación, muy singular por cierto, de notificación al órgano juris-

diccional. Éste debe disponer, bajo responsabilidad, se notifique al órgano Administrador del Tributo, de todas las resoluciones, tales como informe pericial, dictamen del Ministerio Público e informe final (¡sic!) que se dicten durante la tramitación del proceso penal tributario.

3. La *tercera reforma* (art. 2º del Decreto Legislativo Nº 815, derecho premial tributario) precisa los alcances de la exclusión de pena para el cómplice o instigador del delito tributario cuando se acoja a este beneficio antes de la fecha de presentación de la denuncia por el órgano Administrador del Tributo, o a falta de ésta, antes del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. En este caso, el beneficiario será considerado testigo en el proceso penal.

4. La *norma temporal* (Décimo Tercera) se concretaba a extender la exención de responsabilidad penal a los casos en trámite, en sede administrativa o judicial. Esta disposición, por imperio de la Ley Nº 27080, de 29 de marzo de 1999, rigió hasta el 30 de junio de 1999.

B. La exención de responsabilidad penal

Es habitual en el derecho comparado, como apuntan Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, dotar de efectos excluyentes o al menos atenuatorios de posibles sanciones a la satisfacción de la deuda tributaria por parte de quien ha defraudado, siempre que concurran una serie de requisitos, normalmente la espontaneidad [106].

El nuevo texto del art. 189º del Código Tributario asume esta institución, siendo su característica más saltante, por la forma en que está redactada, a diferencia de una excusa absolutoria o causa de cancelación de pena que, en puridad, se circunscribe exclusivamente al autor del delito u obligado tributario, la extensión de la impunidad o cancelación de pena a todos los involucrados en el hecho (cómplices e instigadores), lo que es conforme a la justicia material, puesto que dejar impune al principal, es decir, a quien tiene el dominio del hecho, y sancionar a quien ha tenido una intervención secundaria o accesoria, lesiona sensiblemente la idea de igualdad y el principio de proporcionalidad. Asimismo, por su redacción, la norma en referencia está destina-

(106) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona, 1994, p. 108.

da a satisfacer el interés recaudatorio estatal, obviamente luego de la consumación del delito tributario. A diferencia del modelo español (véase al respecto el art. 305º.4 del nuevo Código Penal español), que la concibe como una excusa absolutoria inserta en el ámbito del derecho penal material, la ley nacional aparentemente la trata como una causal de improcedencia de la acción penal.

No obstante tal redacción, es de precisar que la naturaleza jurídica de esa causal es de carácter *material* y no procesal. No se está ante una condición de procedibilidad sino ante una causa de cancelación de pena, condicionada al pago de la deuda tributaria, de la multa y del interés generado; es una cláusula de regularización tributaria *ex post factum*, con efectos liberatorios de la sanción penal.

La norma concibe la causal desde una exclusiva perspectiva objetiva. La regularización debe producirse, en principio y de modo general, antes de que la administración tributaria notifique al obligado cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas. Ello significa, al decir de Fermín MORALES PRATS, que la regularización ha de haberse llevado a cabo en forma voluntaria [107]; la voluntariedad se presume en tanto se regularice la situación tributaria antes de la notificación de actuaciones de fiscalización.

Esta norma, sin embargo, adolece de una grave incorrección técnica y político criminal, pues permite la exención de responsabilidad penal cuando la regularización se realiza antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal del Ministerio Público, lo cual implica que el denunciado ha sido previamente objeto de una investigación administrativa y de procedimientos de fiscalización, dado que el delito tributario en nuestro sistema legislativo es semipúblico y no público, como es el caso del modelo español. La base de esa norma, en el modelo español, es la persecución de oficio del delito, de ahí que su inclusión en España tenga cierta coherencia, pero resulta absurdo que se incorpore en el nuevo texto del art. 189º del Código Tributario obviando lo dispuesto por el art. 8º de la Ley Penal Tributaria. Por lo demás, la investigación fiscal es una de las tres posibilidades que tiene el Ministerio Público ante la noticia criminal hecha valer por la Administración

[107] En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coord.) *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 759.

Tributaria, pues muy bien puede archivar las actuaciones o formalizar la denuncia penal (promover la acción penal); la falta de coherencia es patente al respecto.

Resulta interesante, asimismo, la *vis* atractiva del delito tributario con otros delitos instrumentales o mediales, tales como "...las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización". De no haber sido así, los efectos liberatorios se hubieran comprometido o mermado seriamente, pues el delito tributario está asociado por lo general con falsedades documentales.

C. La notificación al Órgano Administrador del Tributo

El art. 192º del Código Tributario no sólo reconoce a la Administración Tributaria la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público, sino que además impone una carga al órgano jurisdiccional que desvirtúa el procedimiento penal. En efecto, impone al juez la obligación de notificar las resoluciones emitidas en el curso del proceso penal, incluyendo informes periciales y los informes finales del fiscal provincial y del juez penal, no obstante que la ley permite a dicha entidad a constituirse en parte civil al considerarla parte agraviada (arts. 7º de la Ley Penal Tributaria y 179º, tercer párrafo, del Código Tributario), siendo tal parte procesal con quien debe entenderse la jurisdicción.

La perspectiva de dicha norma es equívoca, pues tergiversa la función de la jurisdicción y, en especial, del proceso. Si la Administración Tributaria es la denunciante, si por ley se le debe considerar como agraviada y si está expresamente facultada para constituirse en parte civil, carece de racionalidad que se imponga al juez la obligación de notificación directa de los actos procesales a la Administración. Ello importa una relación impropia de la jurisdicción con la administración, que inclusive puede lesionar el debido proceso al afirmar la sobrepresencia de una de las partes en desmedro de la posición jurídica del imputado.

D. La participación del colaborador

El Decreto Legislativo Nº 815, como luego se estudiará, es una de las varias normas que integran el derecho penal premial nacional. En el derecho penal tributario se reconoce un procedimiento por colaboración eficaz, cuya nota singular es que al partícipe se le puede excluir de pena (el autor sólo puede obtener el beneficio de la reducción de pena),

en tanto brinde información privilegiada que permita evitar la comisión del delito en que interviene, promover su esclarecimiento si está consumado o procurar la captura de los que han intervenido en su comisión.

El citado Decreto Legislativo permite la incoación de este procedimiento especial según las fases de su persecución. La ley analizada introduce una simple precisión, que resulta evidente: si el acogimiento al beneficio se produce antes de la presentación de la denuncia del Órgano Administrador del Tributo y el partícipe obtenga la exención de pena, será considerado como testigo en el proceso penal que se instaure merced a su colaboración eficaz. Esta norma es redundante toda vez que si el proceso penal se instaura en virtud de determinadas informaciones, quien las emitió debe someterse al contradictorio, pues de otra forma lesionaría el derecho de defensa del imputado y la garantía genérica del debido proceso.

VI. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TERRORISMO

1. ASPECTOS GENERALES

La legislación antiterrorista, en su día, constituyó el eje del denominado "*subsistema penal de la emergencia*", y se caracterizó porque en el ámbito procesal se adoptaron disposiciones restrictivas de los derechos fundamentales, siendo las más significativas las surgidas al inicio del fujimorato, con el autogolpe de Estado de 1992, aunque no es menos cierto que sus antecedentes pueden rastrearse desde la restauración democrática de 1980.

No obstante ello, es indiscutible la lucha frontal del Estado de Derecho contra el terrorismo. Resulta especialmente importante la doctrina que sobre esta materia ha sentado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en *primer lugar*, ha precisado que en una democracia tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso los que ofenden, chocan o inquietan (STEDH, Asunto "Refah Partisi" – Partido de la Prosperidad v. Turquía, de 31 de julio de 2001, confirmada por la Sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2003). En *segundo lugar*, ha señalado que una organización política puede proponer cambios, inclusive que importen una contradicción con la legislación constitucional, pero tales cambios deben respetar dos condiciones: a) los me-

dios utilizados a tal efecto deben ser legales y democráticos; y, 2) el cambio propuesto debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales (STEDH, Asunto "Yazar y otros v. Turquía", de 9 de abril de 2002); de lo que se desprende necesariamente que un partido u organización cuyos responsables incitan al recurso de la violencia, o proponen un proyecto político que no respeta la democracia o que tiende a la destrucción de ésta, así como el desconocimiento de los derechos y libertades que ésta reconoce, no puede pretender la protección jurídica contra las sanciones inflingidas por estos motivos (STEDH, Asunto "Refah Partisi", de 31 de julio de 2001 y de 13 de febrero de 2003). En *tercer lugar*, ha establecido que el terrorismo, como método de conducta de una organización, es antidemocrático, y por consiguiente la victoria sobre el terrorismo es un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática (STEDH, Asunto "Petty Purcell y otros v. Irlanda", 16 de abril de 1991); aunque es de reconocer las dificultades que su combate plantea al Estado democrático (STEDH, Asunto "Irlanda v. Reino Unido", de 18 de diciembre de 1996). En este último aspecto, decimos nosotros, el Estado democrático está en la obligación de utilizar sólo las armas que le brinda la ley, y con profundo respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Como ya se anotó, el conjunto de la legislación sobre terrorismo que el fujimorato adoptó fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, la cual fue amparada parcialmente mediante la Sentencia Nº 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003 [108]. Así tenemos:

a) Que todo el procedimiento en sede militar fue declarado inconstitucional, incluyendo el tipo penal de traición a la patria, así como la prohibición del derecho de recusación (art. 13º, inciso 'h' del Decreto Ley Nº 25475), y la incomunicación del detenido por orden de la Policía (art. 12º. 'd', del Decreto Ley Nº 25475).

---

[108] Esta sentencia, ha sostenido José UGAZ SÁNCHEZ-MORENO ("Temas de derecho penal y derecho procesal penal en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, Nº 24, Lima, febrero, 2003, p. XIII), tiene la virtud de volver muchas distorsiones que se cometieron a lo largo de la década pasada a su cauce natural, al cauce del garantismo, al cauce del respeto de Derechos fundamentales del proceso, así como de destacar que esta profusión de leyes, creadas en el Servicio de Inteligencia Nacional, arrasaron con una serie de principios fundamentales del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

b) Que, por substracción de materia, el alto Tribunal no se pronunció respecto al art. 12º, inciso 'f' del Decreto Ley Nº 25475, que limitaba la intervención del abogado defensor al momento de la manifestación del imputado, porque el art. 2º de la Ley Nº 26447 le dio un nuevo texto que permite la defensa del Letrado desde el inicio de la investigación, y garantiza las entrevistas del defensor con el detenido.

c) Que, de igual manera, no se pronunció respecto del art. 18º del Decreto Ley Nº 25475, que prohibía a los abogados de confianza la defensa simultánea de más de un encausado a nivel nacional, porque fue derogado por el art. 4º de la Ley Nº 26248. Tampoco lo hizo respecto de los arts. 15º y 16º del Decreto Ley Nº 25475, y su Primera Disposición Final y Transitoria, referidos a la institución de los jueces y fiscales con identidad reservada, porque fueron dejados sin efecto por el art. 1º de la Ley Nº 26447 y el artículo único de la Ley Nº 26671.

d) Que el art. 13º, inciso 'a', del Decreto Ley Nº 25475, modificado por el art. 3º de la Ley Nº 26248, que establece que expedido el auto de apertura de instrucción el Juez dictará mandato de detención, debe entenderse bajo los alcances del art. 135º del Código Procesal Penal, esto es, el juez debe evaluar el conjunto de presupuestos que esta última norma prescribe para dictar prisión preventiva.

e) Que no es inconstitucional el art. 13º, inciso 'c' del Decreto Ley Nº 25475, que dispone que en la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial.

La citada sentencia, además, al amparo del art. 40º LOTC, dispuso la celebración de nuevos juicios a todos los condenados por delito de traición a la patria por la jurisdicción castrense y, esencialmente, ordenó a los Poderes Públicos se regule el procedimiento de anulación correspondiente. Ello dio lugar a la expedición de la Ley Nº 27913, de 9 de enero de 2003, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia antiterrorista mediante Decretos Legislativos, destinados a reemplazar la legislación correspondiente, a fin de cumplir lo dispuesto en dicha Sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre derecho penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado, en relación con el terrorismo.

En virtud de esa autorización se expidieron siete Decretos Legislativos. Empero, no se expidió una norma ordenadora de la legislación

procesal sobre terrorismo, por lo que es del caso realizar una necesaria sistematización entre la legislación expedida durante la Administración del ex Presidente Fujimori y la dictada al amparo de la Ley Nº 27913. Las normas son las siguientes:

1) El Decreto Legislativo Nº 921, de 18 de enero de 2003, que define el régimen jurídico de la pena de cadena perpetua.

2) El Decreto Legislativo Nº 922, de 12 de febrero de 2003, que regula la anulación de los procesos por delito de traición a la patria seguidos ante la jurisdicción militar, y establece reglas procesales específicas en los delitos de terrorismo.

3) El Decreto Legislativo Nº 923, de 20 de febrero de 2003, que reordena la estructura institucional de la Procuraduría Pública Especializada para delitos de terrorismo, y estatuye normas procesales respecto a la participación procesal de la misma en el proceso penal.

4) El Decreto Legislativo Nº 924, de 20 de febrero de 2003, que tipifica el delito de apología del terrorismo, como un supuesto agravado de apología, agregando un párrafo al art. 316º del Código Penal.

5) El Decreto Legislativo Nº 925, de 20 de febrero de 2003, que incorpora el delito de terrorismo al procedimiento por colaboración eficaz regulado en la Ley Nº 27378.

6) El Decreto Legislativo Nº 926, de 20 de febrero de 2003, que regula la anulación de los procesos por delitos de terrorismo seguidos ante la jurisdicción penal ordinaria que se siguieron ante jueces y fiscales con identidad secreta, y en los que se aplicó la prohibición de recusación con arreglo al art. 13º. h) del Decreto Ley Nº 25475, que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

7) El Decreto Legislativo Nº 927, de 20 de febrero de 2003, que desarrolla los beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y configura los procedimientos aplicables al efecto.

En este Capítulo se estudiarán los aspectos procesales –en rigor las especialidades procedimentales– del procedimiento penal por delito de terrorismo, concentrados en las normas supérstites del Decreto Ley Nº 25475 y en los Decretos Legislativos Nº 922 y 923 últimamente citados.

También se tendrá en consideración las normas administrativas de constitución de órganos jurisdiccionales especializados en el delito de terrorismo. A este respecto son especialmente relevantes (1) la Resolución Administrativa Nº 521-CME-PJ, de 20 de noviembre de 1997, que instituye una sub-especialidad penal para los delitos de terrorismo, de carácter nacional, bajo el control de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, aunque adicionado al conocimiento de los delitos de robo agravado, violación de la libertad personal, homicidio y extorsión, cometidos por organizaciones delictivas, fijados en su oportunidad por la Resolución Administrativa Nº 340-CME-PJ, de 18 de marzo de 1997, ampliada por la Resolución Administrativa Nº 596-CME-PJ, de 18 de marzo de 1998, que dispone que las dos Salas Penales de la Corte Suprema conocerán del recurso de nulidad en los delitos de terrorismo; (2) la Resolución Administrativa Nº 009-2001-CT-PJ, de 22 de febrero de 2001, aprobada por Resolución Administrativa de Sala Plena Nº 003-2001-SP-CS, de 22 de febrero de 2001, y complementada por la Resolución Administrativa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Nº 005-2001-SPPCS, de 2 de marzo de 2001, que ordena la conformación de una Sala Superior Especializada en Delitos de Terrorismo y Organizaciones Delictivas y Bandas, con sede en la ciudad de Lima, competente para conocer los delitos de terrorismo, de terrorismo especial, y los agravados de robo calificado, secuestro, homicidio y extorsión, cometidos por organizaciones delictivas y bandas; (3) la Resolución Administrativa Nº 097-2002-CE-PJ, de 20 de julio de 2002, que excluye del conocimiento de este circuito judicial a los delitos de robo calificado, secuestro, homicidio y extorsión, cometidos por organizaciones delictivas y bandas, a la vez que pasa a denominar al órgano superior: "Sala Nacional de Terrorismo", cuya competencia exclusiva se circunscribe a los delitos de terrorismo; y, (4) la Resolución Administrativa Nº 003-2003-CE-PJ, de 11 de enero de 2003, que redefine el funcionamiento del aludido circuito judicial encargado del conocimiento del delito de terrorismo, ampliando el número de órganos judiciales que lo integran y descentralizándolo en las demás Cortes Superiores del País, aunque facultando a la presidencia de la Sala Nacional de Terrorismo, con sede en Lima, a supervisar el funcionamiento general del subsistema judicial.

2. La fase preprocesal de investigación del delito de terrorismo

El art. 12º.1 del Decreto Legislativo Nº 922 establece implícitamente que el conductor de la misma es, en todo caso, el Ministerio Público,

que incluso puede realizarla directamente, o por intermedio de la Policía. A este dispositivo se integran, en lo pertinente, las disposiciones del art. 1º de la Ley Nº 27934, que fija los ámbitos concretos de los actos de investigación policial y el papel directivo y de control jurídico del Ministerio Público. Por tanto, los incisos a) y b) del art. 12º del Decreto Ley Nº 25476 han quedado formalmente abrogados. Una singularidad de la investigación preliminar por delito de terrorismo es la regla impuesta por la Ley Nº 26447, que en su art. 2º *in fine* permite expresamente a la Policía tomar la manifestación del presunto implicado, lo que no es de recibo en los demás delitos, a tenor de lo dispuesto en el art. 1º de la Ley Nº 27934, de 12 de febrero de 2003, en cuyo listado de "acciones" no figura tomar la declaración del implicado, como sí lo hacía el modelo que asumió el art. 108º del Código Procesal Penal de 1991.

El inc. c) del art. 12º del Decreto Ley Nº 25475 reconoce la posibilidad de detención policial de los presuntos implicados, dando cuenta al Fiscal y al Juez. A ello debe agregarse que la detención *ex officio* sólo procede mediando flagrancia delictiva (STC, Asunto "Gerardo Rodrigo Mamani", de 7 de abril de 2000)[109], cuya definición auténtica se encuentra en el art. 4º de la Ley Nº 27934 [110]. Por otro lado, conforme ha sido estipulado por el Tribunal Constitucional en el citado fallo, es posible la detención preliminar por orden judicial, lo que ahora está expresamente regulado, a nivel genérico, en el art. 2º de la Ley Nº 27934 y, a nivel específico para determinados delitos, en la Ley Nº 27379. Esta modalidad de detención, dictada durante la fase preprocesal, está sujeta a una expresa solicitud del Fiscal, cuya autorización exige el análisis de un concreto *fumus delicti* y *periculum libertatis*, unido a la circunstancia de la urgencia; esto es, en palabras de LLOBET, que el acto no puede esperar porque de lo contrario no se podría conseguir el resultado que se espera de él [111].

---

[109] Exp. Nº 121-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 20 de julio de 2000, pp. 3237-3238).

[110] Al respecto, existe una decisión del Tribunal Constitucional que cuestiona la figura de la "*cuasi flagrancia*", aunque sin mayores argumentos técnicos, fallo –felizmente no reproducido en otras sentencias– que se opone a lo unánime de la doctrina procesalista sobre la materia. *Vid.* STC Asunto "Cornelio Lino Flores", de 19 de enero de 2001 (*Normas Legales*, T. 299, abril, Trujillo, 2001, pp. A4-A6).

[111] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José [Costa Rica], 1998, p. 619.

El art. 12º.1º del Decreto Legislativo Nº 922, asimismo, autoriza dictar una serie de medidas limitativas (diez en total), para lo cual se remite a lo dispuesto en la Ley Nº 27379, ya estudiada. La Séptima Disposición Final del Decreto Ley Nº 25475 introduce una especialidad en los supuestos de incautación, que se extiende más allá de la fase preprocesal e ingresa directamente al proceso judicial, en cuya virtud los bienes ocupados serán puestos a disposición de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional para su cuidado y administración.

Una medida adicional a la detención preliminar policial, con una clara función de aseguramiento de la actividad investigadora, es la incomunicación: la denominada "*detención incomunicada*", que el Tribunal Constitucional expresamente aprobó (STC, Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2003, párr. 173), pero la condicionó a la decisión motivada de juez competente, que implica, no sólo su excepcionalidad (SCIDH, Caso Suárez Rosero, de 12 de noviembre de 1997, párr. 51), sino también la exigencia de base objetiva y razonable para decretarla (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", párr. 172). Estas directivas expresamente desarrolladas, en el caso concreto, por el art. 12º.2 del Decreto Legislativo Nº 922, norma que a su vez recoge la doctrina constitucional que estipula que la incomunicación –en tanto medida provisional penal– no debe ser irrazonable y, menos, puede buscar lesionar el derecho de defensa o de asistencia letrada del detenido. Por ello, la ley expresamente dispone que la medida no impide las conferencias en privado entre el abogado designado como defensor y el detenido, así como que la decisión judicial de incomunicación, una vez expedida, es apelable. En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene establecido que no es compatible con el derecho de asistencia de un abogado someter los contactos entre el abogado y el acusado al control del Tribunal [112]; éstos, como es obvio, deben ser reservados y, esencialmente, no deben ser impedidos o entorpecidos.

El art. 12º.e) del Decreto Ley Nº 25475 establece que la Policía puede disponer, si fuere necesario, el traslado del o de los detenidos para el mejor esclarecimiento de los hechos, o cuando, por razones de seguridad, el detenido evidencia peligrosidad. La STC recaída en el Asunto

[112] STEDH, Asunto "CAN vs. Austria", de 12 de julio de 1984; y STEDH, Asunto "S vs. Suiza", de 28 de noviembre de 1991.

"Tineo Silva y otros" no se pronuncia al respecto, empero –como ya se anotó en otro capítulo–, si se toma en consideración los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Asunto "Defensoría del Pueblo c. Legislación sobre terrorismo especial" [113] (en el sentido que "*...la Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público*"), el traslado debe ser ordenado por el Ministerio Público por decisión motivada, aunque debe quedar claro que el problema de la competencia o sede de radicación de la causa no puede ser alterado por un cambio de lugar de detención por razones de seguridad, para lo cual rigen los supuestos de "transferencia de competencia", que exigen un procedimiento específico y ya en sede procesal.

En cuanto al derecho de defensa, como ya se indicó, el Tribunal Constitucional expresamente consideró inconstitucional el inc. f) del art. 12º del Decreto Ley Nº 25475, por limitar irrazonablemente el derecho de asistencia letrada (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", párr. 121), pues el art. 139º.14 de la Constitución dispone que el derecho de defensa surge desde que se es imputado, de suerte que no puede impedirse en sede preliminar el acceso inmediato a la asistencia de un abogado defensor. Esa norma, como recuerda el Tribunal Constitucional, fue derogada por la Ley Nº 26447, art. 2º, que estatuye no sólo que los implicados por delitos de terrorismo tienen derecho a designar un abogado defensor de su elección y a ser asesorados por éste desde el inicio de la intervención policial, sino además que la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido. Por lo demás, la Corte Interamericana ha declarado que todo impedimento a un imputado de comunicarse en forma libre y privada con su abogado defensor, o la generación de obstáculos a tal comunicación, viola flagrantemente el art. 8º.2.d) de la CADH (SSCIDH, Asuntos "Loayza Tamayo", "Suárez Rosero", y "Castillo Petruzzi y otros", de 17 de setiembre de 1997, párrs. 62, 83 y 147-148, respectivamente).

Asimismo, la prohibición de que los abogados defensores únicamente patrocinen a un solo encausado a nivel nacional, con excepción de

---

[113] Exp. Nº 005-2001-AI/TC, *Jurisprudencia Constitucional* Tomo I, Normas Legales, Lima, 2002, pp. 238-246.

los defensores de oficio, que estipulaba el art. 18º del Decreto Ley Nº 25475, fue derogada por el art. 4º de la Ley Nº 26248; empero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH Asunto "Castillo Petruzzi y otros", de 30 de mayo de 1999, párr. 147) estimó que tal limitación no significa, *per se*, una violación de la Convención, aunque a este respecto el Tribunal Constitucional en la citada sentencia matizó tal declaración sosteniendo que habrá de tener en consideración si en un concreto ámbito territorial existen otros abogados de modo que sustenten un efectivo ejercicio del derecho de elección razonable, que es el núcleo duro del derecho de asesoría y patrocinio de un letrado (párrs 128 y 130).

Sobre esa base, es de insistir en un punto más exigente del derecho de asistencia letrada. Ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que para considerar satisfecho el derecho de defensa no basta con la mera designación de los correspondientes profesionales, pues es necesario que los así nombrados proporcionen una asistencia real y operativa [114]. Ello ha motivado a ARMENTA DEU a acotar que el órgano judicial debe ampliar su cometido a poner remedio a las situaciones de pasividad del letrado, singularmente en los casos en que actúa de oficio [115].

Finalmente, es claro que la Policía Nacional, en funciones de Policía Judicial, depende funcionalmente del Ministerio Público. Sin embargo, es evidente que la Policía igualmente está obligada a cumplir los mandatos judiciales y, entre ellos, los que signifiquen una contribución efectiva al esclarecimiento del delito. En tal virtud, el art. 12º.3 del Decreto Legislativo Nº 922, sin perjuicio de los poderes del Ministerio Público con relación a la Policía Judicial, permite que en el curso de una instrucción el Juez Penal pueda ordenar, a la Policía Especializada, la Dirección contra el Terrorismo, bajo la conducción del Ministerio Público, la realización de investigaciones complementarias sobre puntos específicos (ámbitos circunscritos a la investigación judicial en curso –aspecto material– y debidamente fijados en la resolución correspondiente –aspecto formal–), o para asegurar documentos y otras evidencias, como serían pericias ya realizadas que no aparezcan en la instrucción, u obtención

---

[114] STEDH, Asunto "Airey", 9 de octubre de 1979; y STEDH, Asunto "Pakelli", de 25 de abril de 1983.

[115] ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 54.

de instrumentales que están en poder de un órgano público, etc. La norma destaca, al igual que lo ha hecho el art. 1º *in fine* de la Ley Nº 27934, no sólo el derecho de intervención de las partes en esas pesquisas sino el de acceso a las diligencias realizadas.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, resulta claro, aun cuando se asuma una noción restringida de proceso, limitándolo incluso al juicio oral, que –conforme ha precisado el TEDH en el citado Asunto "CAN vs. Austria", de 12 de julio de 1984– las disposiciones convencionales referidas a los derechos a disponer de tiempo y facilidades para la preparación de la defensa, a ser asistido gratuitamente de un intérprete, y a interrogar a los testigos de cargo y de descargo, pertenecen a un grupo de disposiciones que pueden ser aplicados tanto al proceso en sentido estricto como a una fase anterior al mismo; esto es, a la fase prejurisdiccional y a la etapa de instrucción [116].

3. El procedimiento penal. Especialidades

A. Regla general

La disposición central del procedimiento por delito de terrorismo es que se sigue con arreglo a los trámites del procedimiento ordinario común (art. 11º.1 D. Leg. Nº 922). Por tanto, se eliminan los plazos diminutos y toda norma que tienda a afincar un modelo de procedimiento excepcional. Ello significa, en principio, la práctica abrogación del art. 13º del Decreto Ley Nº 25475 y, en especial, la derogación de las normas declaradas expresamente inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2003).

Un tema puntual es el referido a determinar la vigencia del inciso c) del citado art. 13º, que estipula que en "*la instrucción y en el Juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial*". Como ya se anotó, el Tribunal Constitucional en la aludida sentencia (párr. 159) declaró constitucional esa limitación al derecho probatorio. Desde luego, una posición en contra, dado el nivel que alcanza el derecho a la prueba, es la mantenida por el

---

[116] Cfr.: Bacigalupo, Enrique: *Justicia penal y derechos humanos*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 138.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos –STEDH, Asunto "Barberá, Messegué y Jabardo", de 6 de diciembre de 1988–, que concluyó que "*la circunstancia de que pruebas muy importantes no se practicaron y discutieron adecuadamente en el juicio* [el problema es, por cierto, determinar si en un caso concreto un testimonio policial es pertinente y de objetiva importancia para la defensa –STEDH, Asunto "Engel y otros", de 8 de junio de 1976– y, de eso modo, determinar si se ha cumplido el principio de igualdad de armas], *en presencia de los acusados y públicamente, lleva a la conclusión de que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso justo y público*". Es más, la Corte Interamericana, refiriéndose precisamente a la legislación nacional señaló que la prohibición de interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que participaron en las diligencias de investigación, impidió que el imputado pueda controvertir las pruebas recabas y asentadas en el atestado policial (SSCIDH, Asuntos "Castillo Petruzzi y otros", y "Cantoral Benavides", párrs. 153, 154 y 156, y 127-128, respectivamente). No obstante ello, y más allá de nuestra posición, en la medida que el Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional esa norma y la nueva Ley no la derogó, se encuentra formalmente vigente y, por consiguiente, plenamente aplicable a los procedimientos por delitos de terrorismo.

B. Competencia penal

Desde la *competencia objetiva-material*, según se anotó, el conocimiento de los delitos de terrorismo corresponde a los jueces especializados en delitos de terrorismo, entendiendo como tales: (1) los delitos establecidos en el Decreto Ley Nº 25475, con las precisiones y derogaciones establecidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003; (2) los delitos de apología terrorista (esta modalidad de apología fue objeto de un agravamiento con el agregado introducido en el art. 316º del Código Penal por el Decreto Legislativo Nº 924); (3) los delitos de lavado de activos (Ley Nº 27765), si el agente conoce o puede presumir que el dinero, bienes, efectos o ganancias proceden de la comisión de un delito de terrorismo, o si el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización terrorista; y, (4) los demás delitos conexos, esto es, aquellos delitos que guarden relaciones entre sí, sea por razones objetivas, subjetivas o mixtas (también denominadas 'causales'), conforme al art. 21º del CPP 1940. Expuesto con mayor precisión, tal vez, a tenor de la dicción del art. 11º.2.d) del D. Leg. Nº 922, el tipo legal hace más referencia a los supuestos de *conexidad*

objetiva, o sea a aquellos delitos cometidos para procurarse los medios de cometer los otros, o para facilitar o consumar su ejecución o para asegurar la impunidad (*vid.* 21º.4 CPP 1940), si bien no es de descartar como supuestos necesarios de tratamiento unitario la comisión de una pluralidad de delitos por el imputado en atención a las fórmulas materiales de concurso ideal de delitos o de concurso real. Es de resaltar que la conexión produce siempre el fenómeno de la acumulación y, como tal, se presenta un supuesto de alteración de la competencia, en tanto que los varios delitos a acumular fueran de la competencia de distintos órganos jurisdiccionales (competencia objetiva), de ahí que la regla instaurada es que el juez del delito de terrorismo atrae a los demás delitos conexos [117].

Tal como se precisó en el numeral uno de este rubro, el órgano de gobierno del Poder Judicial instituyó un circuito especializado para los delitos de terrorismo, hoy determinado objetivamente con las disposiciones del art. 11º del D. Leg. Nº 922. En efecto, el circuito especializado tiene alcance nacional y está configurado, en lo esencial: **a)** por la Resolución Administrativa Nº 097-2002-CE-PJ, de 20 de julio de 2002, que estableció que el proceso penal declarativo está a cargo de la Sala Nacional de Terrorismo y de los Juzgados Corporativos de Terrorismo, bajo la supervisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia; y, **b)** por la Resolución Administrativa Nº 003-2003-CE-PJ, de 11 de enero de 2003, que **(1)** encarga a la Sala Nacional de Terrorismo la supervisión y dirección funcional de los demás órganos jurisdiccionales especializados, denomina a los Juzgados "Juzgados Especializados en delito de terrorismo"; **(2)** vuelve –aunque relativamente, dado el tenor de la Ley de la materia Decreto Ley Nº 25475, ¡que no puede rebasar!– a la lógica de competencia territorial según el modelo ordinario, aunque impone el conocimiento de los delitos ocurridos en Lima, Callao y el Cono Norte de Lima a los Jueces Especializados de Lima; y, **(4)** autoriza a los Presidentes de las Cortes Superiores a designar, a dedicación exclusiva, Juzgados y Salas Especializadas en delitos de terrorismo.

Es de tener presente, sin embargo, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 17º del Decreto Ley Nº 25475, la competencia territorial es de carácter nacional, "sin observar el lugar de la comisión del hecho delictuoso", de suerte que, en principio, será la Sala Nacional de Terrorismo la que, en aras de un adecuado servicio judicial, determina-

---

[117] Cfr.: CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 62.

rá el ámbito de funcionamiento de otros órganos jurisdiccionales en el resto del país, para lo cual inclusive debe tomar en consideración que, de conformidad con la Segunda Disposición Final del citado Decreto Ley Nº 25475, ello sólo puede darse en los Distritos Judiciales que cuenten con no menos de Tres Salas Especializadas.

Por otro lado, según lo dispuesto en la Resolución Administrativa Nº 596-CME-PJ, de 18 de marzo de 1998, el recurso de nulidad –*competencia funcional*– es de conocimiento, indistintamente, de las dos Salas Penales de la Corte Suprema: la Permanente y la Transitoria.

C. Especialidades procedimentales en la etapa de instrucción

1. En el *sumario judicial* por delito de terrorismo, el art. 12º del D. Leg. Nº 922 ha establecido cinco especialidades. La primera, ya estudiada, tiene que ver con la facultad del Juez Penal de ordenar a la Policía Nacional, en concreto a la Dirección contra el Terrorismo, la realización de investigaciones policiales complementarias estando abierto el proceso penal (*vid.* inc. '3'), lo que constituye una medida saludable y muy recurrente en otros países. En estos casos, rigen las reglas de toda investigación preliminar (*vid.* art. 1º de la Ley Nº 27934 e inc. 3º del art. 12º del D. Leg. Nº 922), en el entendido que los policías tienen el carácter de *comisionados* de los jueces y en el curso de su actuación complementaria están sujetos a la dirección jurídico funcional del Ministerio Público.

2. La segunda especialidad está en relación al plazo adicional de la instructiva. Dice el inc. 4) del art. 12º que, excepcionalmente, cuando el procesado se encuentre recluido en un establecimiento penal fuera del Distrito Judicial de Lima, la instructiva podrá ser iniciada después de las veinticuatro horas y hasta el décimo día más el término de la distancia; recuérdese que por imperio del art. 85º CPP 1940, la instructiva deberá ser cuando menos comenzada antes de que se cumplan veinticuatro horas de la detención, y, como tal, sólo rige tratándose de imputados que han sido puestos a disposición del Juzgado en calidad de detenidos. La regla de excepción se entiende, fundamentalmente, para el caso de los Juzgados Especializados de Terrorismo de Lima y en tanto el imputado se encuentre en un Establecimiento Penal fuera de su ámbito territorial, y está muy vinculada a la reiniciación de procesos luego de la anulación dispuesta por la Sentencia Nº 010-2002-AI/TC. Obviamente, para los Juzgados en Provincias, no rige esta regla de excepción, a menos –como es lógico– que el reo se encuentre en un Establecimiento Penal fuera de su sede.

3. La tercera especialidad está referida a las reglas de la acumulación procesal, que busca superar las limitaciones formales actualmente vigentes a raíz de la Ley Nº 24388, de 6 de diciembre de 1985, e introduce causales más flexibles para que opere. En efecto, la acumulación procederá de oficio o a petición de parte; el procedimiento incidental de acumulación siempre lo realiza el Juez de terrorismo (no puede hacerlo un juez distinto); la acumulación, de prosperar, la asume al Juez de terrorismo (regla de la *vis atractiva*); y, el auto que la acuerda es apelable. Otra regla, esta vez de carácter funcional, y que tiende a superar los criterios restrictivos de la Ley Nº 10124, es la que establece que "...la acumulación se dispondrá cuando resulte necesaria para garantizar el conocimiento integral de los delitos objeto de instrucción, salvo que la acumulación ocasione grave y fundado retardo en la administración de justicia". El conocimiento integral de los delitos objeto de instrucción, puede determinar la necesidad de superar las causales de acumulación facultativas establecidas por la Ley Nº 10124 y tornarlas, en el caso concreto, obligatorias. Un punto a tomar en cuenta es el relativo a la exigencia de que los procesos se encuentren en el mismo estado, norma que está conectada con el derecho fundamental al plazo razonable, aunque en el presente caso debe circunscribirse al supuesto de pluralidad de imputados, los que no pueden verse perjudicados con una acumulación que puede traer como efecto un retardo irrazonable de su juzgamiento inmediato.

4. La cuarta especialidad hace mención a una concreta *medida provisional penal* con función de prevención de la reiteración delictiva, cuyo propósito general es impedir que su destinatario incurra en ulteriores hechos punibles, pero en el caso concreto de las denominadas "*medidas de protección*" comprende un propósito más específico que, al decir de MÁLAGA DIÉGUEZ, es la protección personal de la víctima y sus allegados, pues en muchos casos esa reiteración puede tener como objetivo a la misma persona que ya sufriera el primer hecho punible, o bien a las personas que la rodean, protegen o frecuentan [118]. Siguiendo la Recomendación Nº R (97) 13 del Consejo de Europa el término testigo, comprende a las víctimas, a los testigos, a los peritos y a los colaboradores de la

[118] MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en *Justicia*, Nº 1-2, Barcelona, 2002, p. 136.

justicia, y las medidas deben apuntar a que estas personas declaren libremente y sin intimidación [119]. Se entiende que el sustento organizacional es la estructuración de un Programa eficaz de protección, descrito por el Decreto Supremo Nº 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001.

Lo que ha hecho el D. Leg. Nº 922 es hacer extensivas al procedimiento por delito de terrorismo las normas previstas en el Capítulo IV de la Ley Nº 27378. A ello se agrega una posibilidad o medida de protección adicional: la video conferencia para que las personas protegidas declaren en el juicio oral que, como apunta DE LA MATA AMAYA, es un sistema de comunicación interactivo que transmite simultáneamente la imagen, el sonido y los datos, permitiendo una comunicación bidireccional plena, en tiempo real, de tal manera que se posibilita un mismo acto o reunión a la que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes; medio muy utilizado en Italia, Francia, Estados Unidos y otros países caracterizados por sus dimensiones geográficas extraordinarias, y previsto inclusive en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Convenio de la Unión Europea sobre asistencia judicial Internacional en materia penal y en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal [120]; siendo de citar asimismo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 14 de diciembre de 2000, art. 24º.2.'b'. Amén de que con ese medio no se vulneran los principios estructurales del procedimiento penal, una ventaja importante, entre otras muchas, es como dice VELASCO NÚÑEZ, "el *aumento de la colaboración ciudadana* con la justicia en condiciones de no heroicidad, al potenciar la tranquilidad y confianza en las declaraciones de signo acusatorio de determinadas víctimas delictivas por la separación, no sólo física sino geográfica, entre éstas y el autor, evitando situaciones violentas (v. gr: delitos contra la libertad sexual, violencia doméstica, delitos de banda organizada)" [121].

---

[119] LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iuri, Madrid, 1999, pp. 267-272.

[120] DE LA MATA AMAYA, José: "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales", en: *Actualidad Penal*, Nº 47-48, semana de 16 al 29 de diciembre, Madrid, 2002, pp. 1-3.

[121] VELASCO NÚÑEZ, Eloy: "Videoconferencia y administración de justicia", en: *Diario La Ley*, Año XXIII, Nº 5630, Madrid, 10 de octubre de 2002, p. 3.

5. La quinta especialidad está consagrada a la facultad disciplinaria del Juez Penal, a cuyo efecto se han incorporado las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal de 1991. En tanto la lealtad y probidad o buena fe procesales son principios básicos del comportamiento de las partes en el proceso, la Ley prevé medidas disciplinarias con relación al imputado y al abogado defensor. Respecto del imputado, siguiendo las normas del CPP de 1991, se dispone que si altera el orden en un acto procesal, esto es, si se conduce inapropiadamente –insultando, amenazando a los sujetos procesales, desobedeciendo los llamamientos al orden y compostura, introduciendo temas manifiestamente impertinentes, etc.–, y consecuentemente impide el correcto desarrollo de una diligencia procesal, el Juez está facultado para apercibirlo con la suspensión del acto y de continuarlo con la sola intervención de la defensa, si es que el acto es de índole personal, es decir, si la participación del imputado es condición de su desarrollo y debe intervenir forzosamente (v. gr.: confrontación, reconstrucción, etc.). En cambio si el acto no es de índole personal, vale decir, si el acto tiene como órgano de investigación a persona distinta del imputado (v. gr.: inspección ocular, testifical, examen pericial), el Juez lo apercibirá con la exclusión de participar en la diligencia y continuar con su abogado. Se entiende que la separación del imputado se circunscribe a la diligencia donde incurrió en alteración irrazonable de su ejecución. La separación del imputado, explica D'ALBORA, no descalifica el acto celebrado en ese lapso con la sanción de nulidad absoluta, en tanto la presencia del defensor garantiza el derecho de defensa del imputado y su facultad para interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, así como porque siempre resultará posible la comunicación entre el letrado y el pupilo acerca del desarrollo del proceso [122].

El defensor también puede ser apartado de participar en una diligencia, si es que en solidaridad con su defendido abandona la misma. En este caso, la diligencia continuará con un abogado de oficio sustituido por el Juez. Por otro lado, si el abogado no concurre a la diligencia que es citado y ésta es inaplazable (porque el plazo está por vencerse o se trata de una diligencia improrrogable), se producirá un caso de re-

[122] D'ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 803.

emplazo del defensor, por uno que designe el imputado en ese acto o por uno de oficio. La exclusión del defensor se producirá cuando no asiste injustificadamente a tres diligencias; la exclusión significa que el Juez –a diferencia de los supuestos anteriores, que se limitan al acto procesal concreto– aparta definitivamente al defensor del proceso, lo que obliga al imputado a nombrar otro en el plazo de cuarenta y ocho horas, bajo apercibimiento de designarse uno de oficio, a menos que luego nombre uno de confianza.

D. Especialidades procedimentales en etapa de enjuiciamiento

Tres son las especialidades procedimentales durante el enjuiciamiento: restricciones a la publicidad de la audiencia, facultades disciplinarias de la Sala Penal y examen especial de testigos (incs. 8, 9 y 10 del art. 12º del D. Leg. 922).

1. La regla matriz, en concordancia con lo dispuesto en el art. 139º.4 de la Constitución, es la publicidad de los juicios penales, bajo sanción de nulidad. Como tal, se permite el acceso a la Sala de Audiencias del público y de los medios de comunicación social. La limitación que, a nivel general, introduce el inciso 8, literal a) del art. 12º del D. Leg. 922, es la prohibición de que se ingrese y utilice, por cualquier persona, "...cámaras de video, grabadoras de sonido, cámaras fotográficas u otros medios técnicos similares". Sin duda alguna, la limitación no se concreta al acceso de periodistas a la Sala de Audiencias ni a que informen al público sobre las incidencias de un juicio, menos a que un artista dibuje escenas de la Sala de Audiencias, del juicio o de los personajes que en él intervienen, sino a impedir que se utilicen medios técnicos tales que reproduzcan imágenes y voces para su difusión pública en esos momentos o en diferido.

Mucho se ha discutido si tal limitación es razonable. Es de recordar, por ejemplo, que en la justicia federal estadounidense tal acceso está prohibido, a cuyo efecto la *US Judicial Conference* de 1994 sustentó tal prohibición en el efecto intimidante de la cámara sobre testigos y jurados, lo que constituía una amenaza para una correcta administración de justicia; que el art. 41º de la *Criminal Justice Act*, de 1925, de Inglaterra y Gales, igualmente establece tal prohibición, al punto que autoriza a tomar medidas directas sobre toda información que divulgue datos no permitidos del proceso; que en Francia se mantiene la regla general de la no difusión, en tanto se estima que afectaría la espontaneidad y serenidad de los debates; y, que en Alemania, igualmente, con arreglo al art.

169º de la Ley Orgánica de los Tribunales, se prohíbe la filmación y grabación con fines de difusión al público del contenido de las incidencias del juicio oral, norma que cuenta con la firme aprobación de ROXIN [123]. Es de entender, por cierto, que se tome en cuenta la especial relevancia de derechos fundamentales como la dignidad y la intimidad de las partes, en especial del imputado, y la adecuada imparcialidad del tribunal, sin embargo, es de considerar que la publicidad es un principio institucional básico de una democracia, de un nivel superior, por lo que no considero viable una prohibición tal; en todo caso, la limitación debe estar regulada por el principio de proporcionalidad y, por ende, dejado al criterio judicial para apreciarlo caso por caso, aunque no es de olvidar el panorama legislativo ya reseñado [124].

La norma, a continuación, siguiendo los modelos italiano y alemán, y tomando como referencia la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 24º.5 CADH), permite a la Sala, de oficio o a solicitud fundamentada de parte y mediante auto motivado, disponer determinadas medidas restrictivas de la publicidad del juicio, siempre que resulten estrictamente necesarias (esto es, que de otra forma se frustren los objetivos de determinadas diligencias procesales). En estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, tres son los motivos que autorizan la limitación: moralidad, afectación del orden público, afectación de la seguridad nacional; afectación del interés de menores, así

---

[123] ANITUA, Gabriel Ignacio: "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en: HENDLER, Edmundo S. (Comp.): *Las garantías penales y procesales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 91-94. Con relación a la denominada "*publicidad mediata*" se ha dicho que con su interdicción se busca "...evitar que el acusado sea degradado en desestimación de su dignidad personal siendo meramente un objeto de espectáculo" (SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 110).

[124] Señala GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 101-102), que en cuanto a la intervención de los "*mass media*" y de los aparatos de reproducción mecánica, ninguna dificultad existe en su admisión, habida cuenta de que, al menos la intervención de la prensa, se encuentra expresamente prevista por el art. 14º.1 del PIDCP y en la Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6º.1. Agrega que así lo ha reconocido el TEDH en al Asunto "Weber" –STEDH de 22 de junio de 1990– y el Tribunal Constitucional español –STC 30/1982– al afirmar que este principio implica que sea reconocido más allá del circulo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general, proyección que no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social.

como del honor, la seguridad o la vida íntima de las personas; afectación de los intereses de la justicia y del derecho de las partes, así como cuando ocurran manifestaciones intimidantes del público asistente. Como se ve se trata de causales taxativas, aunque intensamente valorativas, que dejan un margen muy amplio de apreciación al Tribunal; por ejemplo, cuando se hace mención a la moralidad, se refiere a las vivencias colectivas de pudor imperante en una comunidad que resultarían vulneradas con la publicidad; cuando se hace mención al orden público, se refiere al conjunto de ideas políticas, morales, económicas, religiosas a las cuales una sociedad estima ligada su existencia; cuando se hace mención a la seguridad nacional, un caso típico serán los secretos de Estado; cuando se hace mención a los intereses de la justicia, un supuesto relevante será que debido a la publicidad un declarante vaya a faltar a la verdad [125].

Las medidas que la Sala puede adoptar, siempre mediante resolución fundada, pueden ser: impedimento del acceso del público en general o de personas determinadas, y prohibición a las partes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo de la audiencia. Estas medidas cesarán si el motivo que determinó su imposición ha desaparecido.

2. Las facultades disciplinarias de la Sala, siguiendo al Código de 1991 y a la Ordenanza Procesal Penal alemana (§ 231-b StPO), se han incrementado fuertemente. Estas facultades se expresan en tres ámbitos. El primero está referido al Poder de Policía propiamente dicho, en cuya virtud, ante hechos que pongan en riesgo la continuidad del enjuiciamiento, la Sala podrá disponer la expulsión de quien perturbe el desarrollo de la audiencia y mandarlo detener hasta por veinticuatro horas, siempre y cuando amenace o agreda a las partes, y a los demás intervinientes en el juicio (testigos, peritos, interpretes, auxiliares de justicia, custodios). La expulsión es una medida radical que debe ser prudentemente ejercitada cuando no exista otra opción disciplinaria, y alcanza al propio imputado y a su defensor. En el caso del imputado, el juicio continuará en su ausencia, "sólo si no se considera indispensable su defensa", esto es, si no se le requiere para que sea examinado, confrontado o que reconozca personas, bienes u objetos, y siempre que "no

[125] D'ALBORA: *Código Procesal Penal de la Nación*, cit., pp. 794-795; LLOBET RODRÍGUEZ: *Proceso penal comentado*, cit., p. 672.

sea de temer que su presencia perjudique gravemente el desarrollo de la audiencia". Superados los motivos de la expulsión debe autorizarse el ingreso del acusado a la Sala de Audiencias, a quien debe instruírsele de lo sucedido en su ausencia y darle la oportunidad de pronunciarse sobre esas actuaciones. Lo que siempre debe hacerse, más allá de la conducta del acusado, es darle la oportunidad –que puede utilizar o no, según su actitud ante el órgano jurisdiccional– de manifestarse sobre la acusación y las actuaciones del juicio oral. La expulsión del abogado, plenamente factible y con menores exigencias de trámites ulteriores, sólo exige su reemplazo por el que se designe en ese acto, lógicamente por el acusado, o en su caso de oficio.

El segundo ámbito disciplinario se encuentra en el literal b) del inciso nueve del art. 12º del D. Leg. 922. El defensor que no asista a dos sesiones consecutivas no frustrará el juicio oral, pues en la segunda sesión intervendrá indefectiblemente un abogado de oficio, que continuará en la defensa hasta que el acusado nombre otro defensor o ratifique al anterior. Empero, si la inasistencia del defensor es no consecutiva hasta en tres ocasiones, se le excluirá definitivamente del patrocinio del acusado, quien deberá nombrar otro en el término de cuarenta y ocho horas, bajo apercibimiento de nombrarse a uno de oficio, todo ello sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar para el defensor inasistente.

El tercer ámbito disciplinario está vinculado al derecho de autodefensa del imputado, a su derecho a la última palabra, tras la culminación del debate oral. Señala la norma (literal 'c', inc. 9, art. 12º D. Leg. 922) que su exposición estará limitada al tiempo concedido –que debe ser razonable en función a la entidad y complejidad de la causa–; que si no cumple con esas disposiciones, se le requerirá y, en caso de insistencia, se dará por terminada su exposición, al punto que si adopta una actitud agresiva o renuente a la orden judicial, se le puede expulsar de la Sala de Audiencia y hasta leer la sentencia sin su presencia. Sin embargo, en este último caso se deberá contar obligatoriamente con la asistencia de su defensor o el de oficio, sin perjuicio que la sentencia se notifique con arreglo al art. 157º y ss. del CPC, esto es, bajo el sistema de notificación por cédula, siendo obvio por este mandato adicional, que busca dotar de mayor seguridad jurídica al conocimiento del fallo, que el plazo para recurrir corre luego de esa notificación (*vid.* art. 147º, primer párrafo, CPC) y no desde el momento de la lectura del fallo.

3. El examen especial de testigos, siguiendo el modelo germano (§ 247º StPO), es la última especialidad procedimental que puede llevarse a cabo en el curso del juicio oral, y que supone supuestos de *ausencia temporal del acusado.* La Sala puede disponer que el interrogatorio de un acusado o de un testigo se realice desalojando al acusado de la Sala de Audiencia, siempre que sea de prever que el examinado no dirá la verdad en su presencia o que exista peligro grave para su salud; o, cuando se trate de menores de edad, y se tema un perjuicio relevante para él, al declarar en presencia del acusado. En este caso, acordada la exclusión mediante decisión fundamentada con indicación expresa del motivo de exclusión, dado que se limita un derecho del imputado, luego de realizado el interrogatorio –que no permitirá la realización de otro tipo de diligencias ni requerimientos–, se instruirá al acusado sobre el contenido esencial de lo dicho y discutido en su ausencia.

E. La consulta obligatoria

El Decreto Legislativo Nº 923, de fortalecimiento organizacional y funcional de la Procuraduría Pública Especializada para Delitos de Terrorismo, en su art. 6º instituye la consulta de toda resolución que ponga fin a la instancia (sentencia, sobreseimiento, auto que resuelva una excepción –salvo, como es obvio, la excepción de naturaleza de juicio–) y sea desfavorable al Estado (*vid.* arts. 4º.6 y 6º). Es de precisar que la consulta, tal como ha sido concebida, no reproduce lo que en su día estableció el art. 22º del Decreto Ley Nº 17537, pues no es un "recurso de oficio", contradictorio en sus propios términos.

La consulta es un instituto procesal, considerado un medio de impugnación pero no un recurso, el cual –como ya se anotó– pertenece al ámbito dispositivo de las partes y delimita la competencia del Tribunal de alzada. La consulta, a diferencia del recurso, es un modo directo por el cual un órgano jurisdiccional eleva una causa ante un Tribunal Superior para recabar el examen y aprobación de su decisión [126], en cuya virtud el Tribunal de alzada, luego de los trámites de rigor, que son los mismos que los del procedimiento recursal, tiene potestad para revisar íntegramente la decisión en el extremo consultado.

---

[126] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo (h): *Derecho procesal penal*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, T. III, pp. 313-315.

El art. 409º del CPC establece: 1) que la consulta obliga al órgano judicial a elevar de oficio al Tribunal Superior; 2) que la elevación es de responsabilidad del secretario, quien debe hacerlo en el plazo de cinco días; 3) que durante la tramitación de la consulta los efectos de la resolución quedan suspendidos; 4) que la resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa, y no procede informe oral. Lo que dispone el D. Leg. 923 es que el Procurador Público debe expresar agravios dos días antes de la vista de la causa, y de no hacerlo la Sala declarará sin efecto la consulta y firme la resolución que la originó.

Ahora bien, la necesidad de una expresión de agravios, bajo apercibimiento de decaimiento de la consulta, determina que las potestades del Tribunal revisor se circunscriben al agravio hecho valer por el Procurador, lo que de por sí introduce una limitación a la consulta, pues por su configuración es amplia y entrega al Superior Tribunal poderes de revisión integrales. De otro lado, la negativa del trámite de informe oral, en abstracto, no necesariamente puede verse como una limitación irrazonable del derecho de defensa, toda vez que pueden hacerlo valer por escrito (de hecho el CPC incorpora límites a su ejercicio y, asimismo, la LOPJ), aunque si se tienen en consideración los intereses en juego y tratándose de decisiones definitivas que ponen fin a la instancia, podría entenderse que tal limitación es desproporcionada y, por tanto, que podría afectar ese derecho, más aún si se han establecido plazos muy estrechos para las alegaciones y un sistema de comunicaciones (notificaciones) harto cuestionable.

F. La participación procesal del Procurador Público

El Decreto Legislativo Nº 923 no sólo configuró una Procuraduría Pública Especializada para delitos de Terrorismo y fortaleció su estructura interna y funcional, sino que en comparación con el papel que cumple la parte civil en un proceso penal ha visto incrementada sustancialmente sus facultades de participación procesal, con lo que progresivamente su intervención más se asemeja a la figura latinoamericana del *querellante adhesivo* y, por ende, se aleja de la concepción, muy restrictiva por cierto, del *actor o parte civil*, aunque formalmente se le sigue denominando "parte civil" (*vid.* art. 5º, D. Leg. 923). Se entiende que en los delitos de terrorismo[127] el sujeto pasivo es el

[127] Una Ejecutoria suprema interesante en la materia es la de fecha 9 de julio de 1999, recaída en el Exp. Nº 1954-99, Lima, que puede "simplificar" el procedimiento a

Estado [128] y, por tanto, de conformidad con el Decreto Ley Nº 17537, Ley del Consejo de Defensa Judicial del Estado, el Procurador tiene su representación plena y ejercita su defensa (*vid.* arts. 1º y 2º). Sobre esa base se crea una obligación específica al Poder Judicial: los jueces deben notificar las resoluciones y actuaciones judiciales al Procurador Público (*vid.* Tercera Disposición Complementaria).

Las facultades que se han entregado a la Procuraduría permiten dotarla de unos poderes de intervención intensos y extensos. Así:

En *primer lugar*, tiene legitimación para participar en las investigaciones preliminares y complementarias realizadas por el Fiscal o la Policía Nacional, lo que importa ofrecer actos de investigación, intervenir en las diligencias pertinentes: testimoniales, enterarse de su contenido y, esencialmente, ser notificado de aquellas que van a realizarse.

En *segundo lugar*, independientemente que sea denunciante o no, ante una decisión de no promoción de la acción penal por el Ministerio Público, que debe notificársele, puede interponer recurso de queja y, a la vez, intervenir en el procedimiento recursal ante el Fiscal Superior.

En *tercer lugar*, puede recurrir de todas las resoluciones judiciales que la ley le faculta y, de modo amplísimo, puede solicitar se dicten toda clase de medidas coercitivas, recurrir de su denegatoria, así como impugnar las decisiones contracautelares, señaladamente las de excarcelación –con lo que expresamente se supera la discusión referente a si la parte civil puede promover incidentes o impugnaciones en los ámbitos de las coerciones que no afecten *directamente* la reparación civil–.

---

los efectos de la debida tipificación de los hechos, no incorporando figuras concurrentes como homicidio, lesiones, robo, extorsión, daños, secuestro y otras. En efecto, dice el Tribunal Supremo que "*el delito de terrorismo es una figura típica pluriofensiva que se caracteriza por lesionar distintos bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio y otros, lesiones en las que concurre una sola finalidad: la de alterar gravemente la tranquilidad pública; esto es, que no basta atentar contra los bienes jurídicos antes señalados, sino que* la lesión no configura delitos autónomos, *precisamente por la tendencia interna intensificada que caracteriza al delito de* terrorismo..." (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 242-247).

[128] Ej. Sup. de 18 de febrero de 1999, Exp. Nº 4137-98, Lima (RABANAL PALACIOS, William y GONZÁLES GONZÁLEZ, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Grijley, Lima, 2000, pp. 60-61).

En *cuarto lugar*, está autorizado a denunciar la comisión del delito de terrorismo, sin necesidad de resolución autoritativa previa, con conocimiento del Ministro del Interior y de la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial del Estado.

En *quinto lugar*, desde una perspectiva de funcionamiento interno, el Procurador Público puede delegar, en todo o en parte, sus facultades a los denominados "abogados auxiliares".

En *sexto lugar*, en tanto autoridad pública, puede dirigirse a los demás órganos del Estado, solicitando información o documentación requerida para la defensa del Estado en delitos de terrorismo, las cuales están obligadas a darle respuesta y remitirle la documentación solicitada.

En *séptimo lugar*, la constitución en parte civil no requiere de una petición expresa, basta la simple personación con su primer escrito ante el órgano jurisdiccional, lo que por cierto no inhibe al juez de dictar la resolución correspondiente, que es la que finalmente habilita al Procurador a intervenir procesalmente en la causa.

En *octavo lugar*, y ya fuera del ámbito del proceso penal, tiene legitimación para defender al Estado en las acciones de garantía interpuestas como consecuencia de las investigaciones preliminares policiales por delito de terrorismo. Se entiende, en este último punto, que en los procesos constitucionales cuyo objeto es el cuestionamiento de resoluciones judiciales, el Procurador que intervendrá será el encargado de los asuntos del Poder Judicial; y si se trata de una investigación preliminar directamente realizada por el Fiscal Provincial, el Procurador que intervendrá será el encargado de los asuntos del Ministerio Público.

VII. EL PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES

1. Aspectos generales

La Constitución, como se sabe, en su art. 139º.12, consagra la garantía de que un acusado no puede ser condenado en ausencia. La *noción constitucional de ausencia* fue entendida desde el Decreto Legislativo Nº 125, de 12 de junio de 1981, ratificado por la Ley Nº 26441, de 26 de

junio de 1996, como no presencia física del acusado en el acto del juicio oral, sin importar el motivo o circunstancia de esa incomparecencia al emplazamiento judicial [129].

Sin embargo, la legislación ordinaria y el derecho comparado incorporan una diferencia según sea el motivo de la incomparecencia. Si el imputado desconoce que se encuentra sujeto a un proceso penal, porque no se sabe su domicilio o paradero exacto y no ha sido posible ubicarlo y tener evidencia categórica de que tenga conocimiento del procedimiento incoado en su contra, se le denomina *ausente* propiamente dicho. En cambio, si conoce del proceso penal que se le sigue y, no obstante ello, dolosamente deja de asistir y no concurren los emplazamientos judiciales, sin motivo justificado suficiente, se le reputa *contumaz*.

En ambos casos, y aun cuando existen diferencias esenciales entre ambas instituciones que ameritarían efectos procesales sustancialmente diferentes, tal como ha sido reconocido en la legislación comparada, de poder juzgarse e imponer una pena al contumaz [130], sin que ello signifique vulnerar la Constitución al reinterpretarse en un sentido técnico el concepto de ausencia, limitado al que desconoce el emplazamiento judicial, la legislación vigente precisa: **a)** que la declaración de ausencia o contumacia, de carácter constitutivo, impide se condene al imputado, aunque se le puede dictar sentencia absolutoria; **b)** que tratándose de procedimientos complejos, la inasistencia del ausente o del contumaz no impide la iniciación y continuación del juicio oral contra los acusados presentes, siendo de aclarar que el emplazamiento ha de haberse dictado correctamente pues de lo contrario la sentencia y el juicio serían nulos [131]; **c)** que en dicho juicio oral, el ausente o el contumaz estarán representados por un abogado defensor; este último supuesto, de ser varios los ausentes, se debe nombrar un defensor de oficio para cada grupo a fin de evitar que la defensa resulte incompatible, siendo nulo el fallo si sólo se nombra un abogado defensor [132].

---

[129] GARCÍA RADA, Domingo: "El juzgamiento en ausencia y la nueva Constitución", en: HURTADO POZO, José (Ed.): La *nueva Constitución y el Derecho Penal*, EDDILI, Lima, 1980, p. 17.

[130] DEL VALLE RANDICH, Luis: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963, p. 253.

[131] Ejecutoria suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 5 de marzo de 1973.

[132] Ejecutoria suprema de 14 de octubre de 1985, Exp. Nº 2722-85, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 286-288).

La Corte Suprema, en un conjunto de decisiones, ha fijado un conjunto de criterios hermenéuticos que es del caso tener presente. Así tenemos: **1.** Que el nombramiento de defensor del ausente –se incluye al contumaz por razones obvias– sólo procede en caso de que dicho acusado no haya nombrado a su defensor [133]; así lo estipulan los arts. 210º y 321º del Código de 1940, modificados por el Decreto Legislativo Nº 125 y la Ley Nº 13695. **2.** Que la ausencia del defensor del ausente o contumaz en el primer juicio acarrea la nulidad del fallo [134]. **3.** Que en el primer juicio debe preguntarse a los abogados de los acusados ausentes o contumaces si interponen o no recurso de nulidad [135], los mismos que asimismo están obligados a hacer la defensa correspondiente [136] y a presentar conclusiones escritas [137]. **4.** Que la sentencia en que se hubiera omitido proponer y votar las cuestiones de hecho referentes a los acusados ausentes es nula [138].

Por otro lado, en dos decisiones ha fijado cuándo es del caso reservar la causa contra un ausente o contumaz, sancionando la regla de que es posible absolverlo mas no condenarlo. En una primera decisión señaló que "no se puede condenar en ausencia a un acusado, pero sí absolverlo, cuando no existen elementos suficientes que acrediten su responsabilidad [139]. En otra decisión ha estipulado que si en el primer proceso existen situaciones similares de los encausados presentes con los ausentes, lo que implica que tampoco se ha probado su responsabilidad penal, es del caso absolverlos [140].

---

[133] Ejecutoria suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 22 de noviembre de 1975.

[134] Ejecutoria suprema publicada en *Revista del Foro*, 1933, Lima, p. 119.

[135] Ejecutoria suprema publicada en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, Lima, p. 323.

[136] Ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1943 (*Revista de los Tribunales*, Nº 553, Lima, 1953, p. 149).

[137] Ejecutoria suprema de 6 de abril de 1963 (*Anales Judiciales*, T. LVIII, 1963, Lima, p. 261).

[138] Ejecutoria suprema publicada en *Anales Judiciales*, 1922, Lima, p. 21.

[139] Ejecutoria suprema de 26 de mayo de 1981, Exp. Nº 1815-80, Cusco (*El Magistrado*, Año I, Lima, 1981, pp. 174-176).

[140] Ejecutoria suprema de 17 de enero de 1997, Exp. Nº 3981-95-B, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 163-164).

2. REGLAS ESPECIALES PARA EL AUSENTE Y EL CONTUMAZ

Dos son las modalidades que puede tener el juicio contra ausentes y contumaces. La primera está regulada en el art. 320º del Código de 1940 y corresponde a los procedimientos simples. La segunda modalidad, dedicada a los procedimientos complejos, lo está en el numeral siguiente.

En el *primer supuesto* está reservado a los procesos con un solo acusado, ausente o contumaz. El art. 320º estatuye que una vez que el imputado es aprehendido o se pone a derecho voluntariamente, el juicio oral, en su período probatorio –único afectado–, presenta un cambio sustancial: sólo se examina al imputado y, además, a los testigos y peritos que voluntariamente se presenten, es decir, que notificados con el auto de citación a juicio decidan concurrir. Esto último importa que no puede ser una causal de postergación (art. 241º) o de suspensión (arts. 268º y 270º) la ausencia o enfermedad de un testigo o perito.

Es de precisar que al imputado ausente que es capturado o se pone a derecho no se le toma instructiva, como equivocadamente ha señalado la Ejecutoria suprema de 2 de abril de 1993 [141], puesto que la instructiva es un acto procesal propio de la investigación, es un acto de instrucción y no de juzgamiento, el cual por su propia naturaleza no puede "transferirse" al juicio oral, uno de cuyos pasos es necesariamente el examen del acusado, el cual se quedaría vacío de contenido si se asume la tesis objetada.

El *segundo supuesto* se relaciona con procesos en los que figuren acusados presentes y ausentes o contumaces. En estos casos, según ya se explicó, la audiencia se lleva a cabo con los presentes, los ausentes y contumaces son representados por un abogado defensor [142] y la sentencia puede comprender a estos últimos si es absolutoria, reservándose

---

[141] Exp. Nº 243-92-B, Ayacucho (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 337-338).

[142] La Corte Suprema ha estipulado que los parientes del acusado ausente o contumaz están facultados para nombrar abogado defensor de dicho acusado porque el derecho de defensa es irrestricto (*El Peruano*, 22 de octubre de 1975). De igual manera tiene determinado que si el acusado ausente ha designado a su defensor, no procede el nombramiento de defensor de oficio, porque el derecho de defensa se funda en la libertad del procesado para nombrar su defensor. De allí que sólo en defecto de esa designación se prevé la defensa de oficio (*El Peruano*, 22 de octubre de 1975).

el proceso en tanto considere que existen evidencias suficientes que en su momento justificarían una condena [143]. Si los ausentes o los contumaces son aprehendidos o se ponen a derecho, el tribunal dictará el correspondiente auto de citación a juicio. En la audiencia, reza el art. 321º del Código de 1940, el *período probatorio* se limita al examen del acusado y luego se leen las piezas de la instrucción, el acta de los debates orales y la sentencia emitida en el juicio anterior contra los reos presentes y la resolución de la Corte Suprema si la hubiere.

No es razonable interpretar dicha norma en el sentido que sólo se leen las actas de las audiencias anteriores y la sentencia respectiva, incluida –si existe– la ejecutoria suprema, acto seguido se examina al acusado y, con los alegatos de las partes, se emite sentencia, tal como parece entender una decisión del alto Tribunal [144]. No se puede desconocer que el juicio oral tiene tres períodos definidos y que la alteración procedimental sólo está radicada en el período probatorio; luego, los pasos de la audiencia –fuera de los señalados– no pueden alterarse o tergiversarse. Resulta absurdo prescindir del conocimiento formal de la acusación y, menos, que el auto de citación a juicio –sobre todo en el supuesto del art. 320º– no cumpla con citar a los testigos y peritos aceptados en el auto de enjuiciamiento.

El modelo de enjuiciamiento en este último supuesto, así como las restricciones del primero, por su carácter limitativo en cuanto a la ac-

---

[143] La Corte Suprema ha precisado sobre el particular que se afecta el derecho de defensa del ausente si se omite nombrarle abogado defensor, razón por la cual no se realizó el alegato oral en su favor ni se recabaron las conclusiones escritas (Exp. Nº 437-99, Loreto, 5 de abril de 1999 [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 248]). Asimismo, se vulnera la defensa en juicio cuando pese a designarse un abogado defensor, para el ausente, éste no formuló los alegatos orales correspondientes ni presentó sus conclusiones escritas (Exp. Nº 65-99, Huánuco, 10 de mayo de 1999, y Nº 2105-95-B, Lima, 28 de noviembre de 1996 [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., pp. 248-249]). Por otro lado, el Supremo Tribunal justificando la absolución de un ausente que obviamente no ha concurrido al acto oral, precisó que el art. 139º.10 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado en ausencia, y que si de la actividad probatoria desplegada durante el proceso no se desprenden elementos de valoración suficientes que permitan revertir la inicial presunción de inocencia que ampara a todo procesado, inclusive el ausente, corresponde su absolución (Exp. Nº 964-99, Piura, 15 de octubre de 1999 [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 250]).

[144] *Anales Judiciales*, T. LXIII, 1968, Lima, p. 154.

tuación probatoria, no puede ser calificado de *juicio justo y equitativo*. En esos casos el juicio sería *leído* y no *oral*, se condenaría con piezas procesales actuadas sin el principio de inmediación y con vulneración del contradictorio. De igual manera, en este último supuesto, implícitamente se daría un efecto positivo a la cosa juzgada penal al forzarse, con su lectura, a la reproducción de las conclusiones básicas ya declaradas en dicha sede judicial. Por consiguiente, es de considerar abrogada por efecto de la Constitución vigente tales limitaciones, que en buena cuenta penalizan procesalmente al imputado por no haberse presentado a juicio oportunamente.

Al respecto, Mariano H. CORNEJO, en sus comentarios, señala que la limitación probatoria se explica porque "...el reo ausente ha renunciado a solicitar los esclarecimientos que le corresponden y ha confesado su participación en el delito. El tribunal sólo tiene que fijar el grado de culpabilidad. Para esto basta la instrucción y el examen del acusado" (145). Esta posición, a la luz del derecho a la presunción de inocencia y de tutela judicial, resulta inaceptable desde todo punto de vista, inclusive para el contumaz, al punto que la actitud procesal del imputado no puede justificar, sin prueba independiente y suficiente, una condena o presunción de culpabilidad.

Recientemente la Corte Suprema ha vuelto a insistir en la vigencia del art. 321º del Código de 1940, sosteniendo su naturaleza especial y censurando a los magistrados de la Sala Penal Superior que insistieron en examinar a quienes anteriormente fueron condenados en esa causa. Más relevante es, por cierto, el voto singular que introduce en su razonamiento la vigencia del derecho fundamental de defensa y declara la contradicción del citado artículo con la Constitución, pues la vulnera "el hecho de no admitirse la actuación de algunas pruebas que se debe entender que es para el mejor esclarecimiento de los hechos y para que los señores magistrados lleguen a la verdal real cuyo fin sea expedir una sentencia justa con la debida apreciación de las pruebas..." (146).

---

(145) Citado por GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 643.

(146) Ejecutorias Supremas de 8 de enero de 2002, Exp. Nº 4187-2001, Ica, y Nº 4585-2001, Ucayali (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 13, Trujillo, marzo 2002, pp. 59-62; y *Normas Legales*, T. 312, mayo, Trujillo, 2002, pp. A35-A36, respectivamente).

El segundo párrafo del citado art. 321º, introducido por la Ley Nº 13695, se pone en el caso de que en el proceso figuren acusados en cárcel y acusados libres. En este caso dispone que la audiencia se realizará con los acusados que concurran al acto oral, considerándose como ausentes a todos los inasistentes. Si alguno de los acusados se presenta posteriormente o es detenido, se procederá según lo dispuesto anteriormente. La sentencia que se emita en las sucesivas oportunidades necesariamente debe pronunciarse sobre la situación jurídica de los ausentes o contumaces, insistiendo en la reserva de la causa o dictando en su favor sentencia absolutoria [147].

La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por Resolución Administrativa Nº 587-97-CME-PJ, de 27 de noviembre de 1997, estableció que en los casos en que exista reos ausentes o contumaces a los que se ha reservado la sentencia, se procederá antes de elevar el proceso al Supremo Tribunal en recurso de nulidad a sacar copia certificada de las piezas procesales esenciales, a fin de que una vez se presenten voluntariamente o sean aprehendidos, independientemente de la absolución del grado, puedan ser juzgados bajo el procedimiento fijado en el art. 321º del Código. Esta norma, sin embargo, más allá de sus loables propósitos, es de dudosa legalidad, toda vez que una disposición que introduce un cambio procedimental tan importante, al punto de obviar el efecto devolutivo del recurso de nulidad y de permitir el enjuiciamiento con copias y no con los documentos originales, sólo puede tener por su nivel normativo el rango de ley.

La indicada Resolución Administrativa, por lo demás, modifica decisiones jurisdiccionales del alto Tribunal que anulaban el segundo fallo si el primero se encontraba pendiente de recurso y en esas circunstancias era capturado el imputado ausente o contumaz [148].

El art. 321º del Código de 1940, en buena cuenta, importa la ruptura de la unidad del enjuiciamiento. Opta por esta solución de continuidad en aras de garantizar un juicio célere al acusado presente que cum-

---

[147] Ejecutoria suprema de 17 de febrero de 1992, Exp. Nº 949-91, Callao (*Normas Legales*, T. 218, julio, Trujillo, 1994, pp. J16-J17).

[148] Ejecutoria suprema de 11 de agosto de 1983, Exp. Nº 378-82, Junín (*El Magistrado*, Año III, Nº 1, Lima, 1983, pp. 408-410).

ple con sus obligaciones procesales. Es claro que no se puede dejar en el limbo la situación jurídica de un acusado presente a la espera que el ausente o contumaz se entere del emplazamiento judicial o se ponga a derecho voluntariamente o merced a una captura policial.

El art. 322º tiene una norma de favorabilidad para los acusados presentes objeto de la primera sentencia. El Tribunal de instancia y el Tribunal Supremo en su caso, están autorizados a modificar la indicada sentencia, atenuando la pena, si en el curso del juicio contra el ausente o contumaz se presenta nueva prueba que así lo justifica. Es de entender que esta revisión está limitada a una modificación en lo favorable y sólo para aplicar una pena menor, nunca una absolución.

CAPÍTULO XLII
LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

SUMARIO: I. Introducción. II. El procedimiento por delito privado: 1. Aspectos generales. 2. El procedimiento previsto en el Código de 1940. 3. El procedimiento de sumaria investigación. 4. El Código de 1991. III. El procedimiento de terminación anticipada: 1. Aspectos generales. 2. Ámbito de aplicación. 3. Procedimiento. 4. Problemas de aplicación. IV. El procedimiento por colaboración eficaz: 1. Aspectos generales. 2. Principios comunes del procedimiento por colaboración eficaz. 3. El Decreto Legislativo Nº 815. 4. El Decreto Legislativo Nº 824. 5. El procedimiento transaccional de justicia penal negociada.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya se anotó, los *procedimientos especiales* están previstos para circunstancias o delitos específicos, en los que se discute una concreta pretensión punitiva. Los delitos objeto de estos procedimientos son, en principio, los de ejercicio privado de la acción penal o, sencillamente, *delitos privados* y los delitos leves no asociados a penas privativas de libertad.

La circunstancia más relevante que se ha tenido en consideración para instituir un procedimiento especial es el principio del consenso, que ha dado lugar al procedimiento de terminación anticipada, y la colaboración eficaz, que ha generado una serie de procedimientos al amparo del derecho penal premial. A ellos hay que agregar otros dos procedimientos que son objeto de un orden jurisdiccional distinto del penal ordinario, como son el militar y el tutelar de adolescentes, los cuales están regulados en leyes distintas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales.

El delito privado ha dado lugar a dos procedimientos: la denominada, con evidente error conceptual, *querella*, y la *sumaria investigación*, radicada en delitos contra el honor cometidas utilizando órganos de comunicación social. Clasificación que, por cierto, no acepta el Código de 1991.

El procedimiento de terminación anticipada está radicado en dos rubros delictivos: modalidades menos graves de delito de tráfico ilícito de drogas y el íntegro de delitos aduaneros. El procedimiento de colaboración eficaz inicialmente concebido para el delito de terrorismo "clásico", ya clausurado, se ha expandido a los delitos contra el Estado, tributarios, tráfico ilícito de drogas y a los delitos de terrorismo agravado, así como a los delitos agravados.

II. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO PRIVADO

1. ASPECTOS GENERALES

El Código Penal define los delitos que son objeto de persecución privada. Así tenemos: **a)** el delito de lesiones culposas leves, art. 124º, primer párrafo; **b)** delitos de injuria, calumnia y difamación, art. 138º; y, **c)** delitos de violación de la intimidad, art. 158º.

La característica más importante de los delitos privados es que la persecución está reservada a la víctima. Ella es la única que tiene legitimación activa, sólo a su instancia es posible incoar el procedimiento penal. Respecto a los delitos contra el honor, el art. 138º *in fine* prevé la legitimación activa por sustitución en aquellos casos en que dichos delitos ofenden a la memoria de una persona fallecida, presuntamente *muerte*, o declarada judicialmente ausente o desaparecida. En esos casos "...la acción podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos".

En los delitos privados, igualmente, el Ministerio Público no interviene como parte, bajo ninguna circunstancia [149], tal como lo preceptúa el art. 209º del Código. En consecuencia, el agraviado se erige en *acusador privado* y, por tanto, en único impulsor del procedimiento, el mismo

[149] *Revista de los Tribunales*, 1941, Lima, p. 131.

que no sólo promueve la acción penal sino introduce la pretensión penal y civil; es, pues una parte necesaria que ejercita con monopolio absoluto ambas pretensiones mediante la constitución como parte a través de la oportuna querella. En los delitos contra el honor cometidos mediante órganos de comunicación social, el Fiscal Supremo sólo interviene como simple auxiliar ilustrativo. Existe, pues, una coincidencia del acusador y acusado con el ofendido y el ofensor, produciéndose así un paralelismo entre partes en sentido material y formal [150].

Otra característica esencial de este procedimiento es que el *acusador privado* puede desistirse o transigir, con lo que el procedimiento terminará con un auto de archivamiento definitivo por extinción de la acción penal con arreglo al art. 78º.3 del Código Penal, modificado por la Ley Nº 26770, de 15 de abril de 1997.

En tanto se trata de un delito exceptuado de la intervención del Ministerio Público, es inadmisible un concurso procesal de delitos que dé lugar a la acumulación con delitos públicos, "en tanto la sustanciación de unos y otros es diferente en razón a su distinta naturaleza" [151].

2. El procedimiento previsto en el Código de 1940

A. Estructura del procedimiento

El Código de 1940 estructuró el procedimiento por delito privado en dos etapas: un comparendo, de base sumarial, ante el Juez Penal, y, luego, una audiencia oral ante la Sala Penal, a quien se encargó que dicte sentencia. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Ley Nº 14605, de 25 de julio de 1963) se dispuso que sea el Juez Instructor, hoy Juez Penal, quien emita sentencia cuando se trata exclusivamente de delitos contra el honor (art. 192º.5). La facultad de fallo al Juez Penal fue reconocida luego del cambio de Ley Orgánica del Poder Judicial y extendida a todo delito privado por la Ley Nº 26353, de 15 de setiembre de 1994. La Corte

---

[150] Martínez-Pereda Rodríguez, José: *El proceso por delito privado*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 41 y 43.

[151] Ejecutorias supremas publicadas en *Anales Judiciales*, 1908, Lima, pp. 5 y 155; y *Anales Judiciales*, 1935, Lima, p. 20.

Suprema ha insistido en que el Juez Penal tiene facultad de fallo en toda clase de delitos contra el honor, tanto simple como calificada por el medio empleado [152].

B. Incoación del procedimiento

El proceso por delito privado sólo puede incoarse mediante querella del ofendido. Por medio de ella el querellante pone en conocimiento del Juez la noticia de la comisión de un delito privado en su agravio y, además, expresa su voluntad de perseguirlo constituyéndose en parte activa necesaria como acusador privado. Se trata, al decir de ALMAGRO NOSETE, de un auténtico *presupuesto procesal de perseguibilidad* [153]. Si el ofendido no tiene capacidad procesal, porque no reúne las condiciones exigibles para ejercitar por sí mismo el derecho que le asiste, deberá comparecer y querellarse por quien ostente su representación legal. La querella, señala el art. 302º del Código de 1940, debe estar acompañada de los testigos que deben ser examinados y, en su caso, de la prueba escrita de los hechos delictuosos, sin perjuicio de solicitar –cuando corresponda– el nombramiento de peritos.

La Corte Suprema tiene establecido, correctamente, que en estos procedimientos no es necesario que el querellante se constituya en parte civil "...toda vez que su decisión de instaurar la acción penal constituye una demostración de su interés por las resultas del proceso y por ende del ejercicio de un derecho" [154]; asimismo, ha precisado que en estos delitos se confiere a la víctima la titularidad del ejercicio de la acción penal y las posibilidades que lo haga plenamente [155].

---

[152] Ejecutoria suprema de 26 de diciembre de 1997, Exp. Nº 4018-97, Ancash.

[153] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 481. En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema en la Ejecutoria de 8 de noviembre de 1999, cuando dice: "Constituye auténtico presupuesto procesal de perseguibilidad, que el proceso sólo pueda incoarse mediante querella del ofendido, a través de la cual el quellerante pone en conocimiento del juez la noticia de la comisión de un delito privado y además expresa su voluntad de perseguirlo" (Exp. Nº 1647-9, Lima [*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Lima, 2002, pp. 550-551]).

[154] Ejecutoria suprema de 14 de setiembre de 1993, Exp. Nº 2134-92, Arequipa (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, p. 605).

[155] Ejecutoria suprema de 11 de noviembre de 1998, Exp. Nº 1056-98 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., pp. 247).

Interpuesta la querella, la jurisprudencia suprema ha establecido que el Juez Penal no puede aplicar el art. 77º del Código y, por ende, denegar la apertura de instrucción [156]. No consideramos atinada esa interpretación, pues corresponde al Juez advertir si la querella cumple con los presupuestos procesales y de tipicidad del hecho imputado, pues de lo contrario se está obligando al Juez a tramitar un procedimiento nulo o sin ninguna base razonable. La posibilidad de rechazar de plano una querella no puede ser negada bajo el pobre argumento de que el procedimiento común ordinario permite la intervención del Ministerio Público. Una posición distinta, mucho más coherente, tiene la citada Ejecutoria suprema de 8 de noviembre de 1999, pues anota que interpuesta la querella "...corresponde al juez advertir si la querella cumple con los presupuestos procesales y de tipicidad del hecho imputado, pues de no hacerlo se estaría admitiendo a trámite denuncias sin ninguna base razonable; que, para ello, dada la naturaleza privada de la acción penal (querrá decir del delito, pues la acción es de derecho público) debe observar de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Código procesal civil..." [157].

C. El comparendo

El art. 303º del Código de 1940 impone al Juez, en tanto la querella cumpla con los requisitos de admisibilidad mínimos (obviamente el Juez puede disponer que el querellante subsane alguna omisión, art. 426º *in fine* del Código Procesal Civil), citar a una diligencia de comparendo a las partes, a los testigos y peritos ofrecidos por el querellante (para este efecto, los peritos deben acompañar su informe o dictamen pericial, por lo que la fecha de dicha diligencia debe tomar en cuenta la necesidad de que los peritos puedan cumplir con elaborar su informe). De igual manera, este auto de citación a comparendo –en puridad, "*citación a juicio*"– precisará que el querellado tendrá derecho de ofrecer hasta tres testigos que rectifiquen los hechos imputados o demuestren la parcialidad de los testigos del querellante, y si hay prueba pericial, un perito que discuta los dictámenes de los peritos oficiales o los presentados

[156] Ejecutoria suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 18 de diciembre de 1944.

[157] Exp. Nº 1647-99, Lima (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Lima, 2002, p. 551).

por el querellante. La citación o, mejor dicho, la audiencia de comparendo o juicio, no podrá ser para antes del quinto día ni para después del décimo de la notificación, tal como lo estipula el art. 304º. El acto de notificación por el actuario –no por la Policía Judicial– está sujeto a formalidades muy exigentes, al punto de requerir de ser posible la recepción de la cédula por el propio emplazado (art. 305º).

Dicha norma incluye la citación judicial de los órganos de prueba ofrecidos por el querellante, no así los del querellado, quien –se entiende– debería traer por sus propios medios la prueba que corresponda. Sin embargo, ello no es óbice para que el querellado se dirija al Juez solicitando auxilio público a fin de que disponga la citación judicial de sus testigos y peritos.

Esta figura del *auxilio público o judicial* se expresa ante otras dos circunstancias, aún no recogidas en los Códigos estudiados: **1.** Cuando no es posible identificar o individualizar al querellado, o determinar su domicilio, o cuando fuere imprescindible para describir la imputación llevar a cabo una investigación preliminar, a solicitud del querellante se solicitará al Juez que preste el auxilio necesario (*vid.* arts. 376º del Código Procesal Modelo para Iberoamérica y 425º del Proyecto de 1995). **2.** Cuando sea del caso intervenir en un delito flagrante (v. gr.: violación sexual), la Policía realizará los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían con la demora (*vid.* art. 112º del Proyecto de Código de 1995).

El *auto de citación a comparendo* debe comprender los apercibimientos correspondientes al querellante y al querellado. Si el querellante no concurre se citará a un segundo comparendo, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de su acción; el procedimiento, en esa segunda ocasión, se corta (art. 307º). Si el querellado no concurre se le citará por segunda vez, bajo apercibimiento de detención; de no asistir en la segunda citación, se procede a cursar órdenes para su detención hasta que se realice el comparendo (art. 2º de la Ley Nº 10794) [158]. Ello sig-

[158] El Tribunal Constitucional tiene declarado que el apercibimiento de detención solo se ejecutará o se hará efectivo cuando notificado por segunda vez el querellado no concurre a la diligencia; hacerlo antes vulnera el derecho a la libertad individual (STC, Exp. Nº 1643-2002-HC/TC, Asunto "Ángel Barrionuevo Abarca", de 6 de agosto de 2002 [PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 95-96]).

nifica, además, que el juicio o comparendo no puede suspenderse por inasistencia de los testigos o peritos sólo cuando no asiste alguna de las dos partes necesarias.

Presentes en el acto de la audiencia, querellante y querellado, el primer paso está a cargo del Juez, quien debe invitarlos a conciliarse (art. 306º), ello como consecuencia de la naturaleza privada del delito y, por tanto, la disponibilidad del derecho a su persecución y a la imposición de la pena correspondiente. Es, pues, un trámite esencial [159]. Si se produce la conciliación, cesa el procedimiento al extinguirse la acción penal. El art. 1º de la Ley Nº 10794 establece que no es necesaria la presencia personal del querellante, quien puede entenderse con un apoderado, expresamente facultado para aceptar o rechazar la conciliación que se proponga.

Si no hay conciliación se pasa al período probatorio propiamente dicho. Los pasos, de conformidad con el art. 308º del Código, son los siguientes: en primer lugar, el interrogatorio del querellante; en segundo lugar, el interrogatorio del querellado; en tercer lugar, el examen de los testigos, los cuales no pueden estar presentes en el comprendo ni escuchar lo relatado por las partes y los otros testigos [160]; en cuarto lugar, el reconocimiento de la prueba escrita; y, en quinto lugar, el examen pericial. Como quiera que el Código originalmente previó una audiencia ante la Sala Penal Superior, en el acto del comparendo ante el Juez Penal no incorporó el período decisorio correspondiente: no hizo mención al alegato de las partes ni a la deliberación y votación de la sentencia. No obstante ello, una vez culminado el comparendo, limitado a la actuación probatoria, se emitirá sentencia previa vista de la causa e informe oral de los abogados si lo solicitan, con arreglo al art. 155º del TUO de la LOPJ.

El Tribunal Supremo ha establecido que todas las actuaciones probatorias deben practicarse en el comparendo, bajo sanción de nulidad, no siendo legal que se programen actos de prueba al margen del mismo [161].

---

[159] Ejecutoria suprema publicada en *Revista de los Tribunales*, Lima, 1937, p. 310.

[160] Ejecutoria suprema de 25 de junio de 1942 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 123-124).

[161] Ejecutoria suprema de 3 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3857-97, Arequipa (*Normas Legales*, T. 258, noviembre, Trujillo, 1997, pp. A26-A28).

Además, como regla general, aunque no absoluta, de valoración probatoria, la Corte Suprema ha declarado que la prueba testimonial actuada, que fuera impugnada, por su cercano parentesco al querellante, no es suficiente para imponer una sentencia condenatoria [162].

De todo lo actuado en el comparendo, reza el art. 308º, debe sentarse un acta que firmarán el juez, el actuario, el querellante, el querellado, los testigos y los peritos. Si alguien se niega a firmar, se hará constar el hecho y los motivos que adujere. El acta tiene las características que le acuerda el art. 291º: es una síntesis de lo actuado.

Por la naturaleza oral y breve del procedimiento, las excepciones y demás medios de defensa técnicos se deducen en el acto del comparendo y se resuelven con la sentencia. No se tramitan como incidentes en cuaderno aparte [163].

D. Sentencia e impugnación

La sentencia que emite el Juez Penal es apelable ante la Sala Penal Superior. Contra la sentencia de vista emitida por la dicha Sala no procede recurso de nulidad [164]. La Ley Nº 26353 precisó que la sentencia del Juez Penal es apelable ante la Sala Penal Superior en el término de 3 días. Esta ley no reconoce el recurso de nulidad contra la sentencia de vista, por lo que se entiende que éste no procede [165]. La Corte Suprema ha señalado que la citada Ley Nº 26353 debe interpretarse en el sentido que en el procedimiento por delitos privados los jueces penales emiten sentencias y que con el pronunciamiento de la Sala Penal Superior culmina la causa, no correspondiendo conocer de ella a la Corte Suprema como si sucede con los procedimientos por delitos cometidos a través de la prensa [166].

---

[162] Ejecutoria suprema de 8 de julio de 1996, Exp. Nº 90-96, Callao (*Normas Legales*, T. 257, octubre, Trujillo, 1997, p. A49).

[163] Ejecutorias supremas publicadas en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1963, p. 377; 1945, p. 365; y 1973, p. 1380.

[164] Así lo ha establecido el Supremo Tribunal por Ejecutoria suprema publicada en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 1024.

[165] Ejecutoria suprema de 18 de diciembre de 1996, Exp. Nº 4639-95-B, Huánuco (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 59).

[166] Ejecutoria suprema de 18 de abril de 2002, Exp. Nº 3035-2001, Ucayali (*Normas Legales*, T. 313, junio, Trujillo, 2003, p. A35).

El art. 3º de la Ley Nº 10794 establece que el término para la prescripción de la acción penal no corre durante la tramitación del procedimiento, mientras no se declare el abandono de la instancia por la paralización del procedimiento durante un año a partir de la fecha de la última diligencia. Obviamente esta norma es aplicable si el procedimiento se inició cuando la acción penal se encontraba prescrita. La prescripción extraordinaria es la afectada con esta norma, que en su momento se refirió al plazo del abandono establecido en el antiguo Código de Procedimientos Civiles. Es de tener presente que el Decreto Ley Nº 21773 redujo a seis meses el plazo para el abandono de la primera instancia y que el Código Procesal Civil vigente (art. 346º) lo fijó en cuatro meses.

E. La garantía de publicidad

Un problema muy serio, no resuelto expresamente en este procedimiento, es el de la *publicidad.* El art. 139º.4 de la Constitución impone la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. La Ley debe precisar con puntualidad los casos en que se excluye la publicidad de los procesos, cuyo límite específico (imposibilidad de exclusión de la publicidad) se encuentra en los delitos por responsabilidad de funcionarios públicos, en los delitos cometidos por medio de la prensa y en los delitos que se refieren a derechos fundamentales. El art. 215º del Código no cumple esta directiva constitucional, pues de modo genérico señala que las audiencias, en casos excepcionales, se celebrarán en privado; sólo el art. 218º es expreso al imponer la privacidad tratándose de delitos sexuales.

Por ello, es del caso aplicar directamente el art. 14º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prescribe que la exclusión de la publicidad puede acordarse por razones de moral, orden público o seguridad nacional, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o cuando la publicidad perjudica los intereses de la justicia. Ello implica una resolución especial al efecto y acordada por unanimidad. Así se ha pronunciado el Supremo Tribunal en Ejecutoria suprema recaída en el Exp. Nº 1194–88. Lima [167]. Empero, la publicidad también recae en las sentencias, con la única excepción en el caso de derecho penal del interés de menores.

---

[167] *Jurisprudencia Penal, 1984-1992,* cit., p. 106.

En consecuencia, el comparendo y las sentencias en el procedimiento por delito privado deben ser públicos, independientemente de que sean absolutorias o condenatorias. Las excepciones son las fijadas en la propia Constitución y en el Pacto de Nueva York antes precisado y, por cierto, requieren resolución fundada del Juez Penal. Su vulneración, por tratarse de garantías de nivel constitucional, originaría la nulidad del procedimiento o del fallo, según el caso.

3. EL PROCEDIMIENTO DE SUMARIA INVESTIGACIÓN

A. Ámbito y procedimiento

El art. 314º del Código, modificado por el art. 2º del Decreto Ley Nº 22633, establece un procedimiento especial si los delitos de calumnia, difamación e injurias se perpetran por medio de: **1.** Impresos o publicaciones. **2.** Prensa. **3.** Escritos, vendidos o exhibidos. **4.** Carteles expuestos al público. **5.** El cinema, la radio, la televisión u otro medio análogo de publicidad. Si el Juez Penal, por error, da a estos delitos el trámite del comparendo dispuesto en el art. 303º y siguientes del Código de 1940, el procedimiento es nulo [168].

En este caso, en tanto se trata de un delito privado por imperio del art. 138º del Código Penal se requiere la necesaria querella del ofendido. El Juez Penal ya no dicta auto de citación a comparendo sino que emite una resolución de apertura de sumaria investigación por el término de 8 días. El Acuerdo Plenario Nº 6-99, de 20 de noviembre de 1999, en el segundo considerando establece que en los procedimientos de sumaria investigación es de aplicación el art. 185.1 de la LOPJ, que faculta a los jueces a promover la conciliación en las causas que conocen, por lo que pese a que son procedimientos sujetos a impulso oficial y vista la naturaleza de las pretensiones introducidas, es posible que pueda citarse a una audiencia de conciliación [169]. Durante el plazo de 8 días el juez debe examinar, en diligencias independientes, al querellan-

---

[168] Ejecutorias supremas de 10 de octubre de 1997, Exp. Nº 4485-96, San Martín; de 9 de febrero de 1989, Exp. Nº 497-88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 272-273).

[169] *Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 264-266.

te y al querellado, así como actuar las pruebas ofrecidas por las partes (obviamente, rige el principio de aportación y no el de investigación oficial en materia de actividad probatoria) [170]. A su vencimiento, debe emitir sentencia en audiencia pública en el plazo de cinco días [171]. Una limitación a la necesidad de audiencia pública es la recogida por la Corte Suprema en la Ejecutoria de 9 de febrero de 1989, en la que justificó que la sentencia, por enfermedad del encausado, se lea en su domicilio [172]; limitación censurable porque no se trata de un acto instructorio o de prueba, sino de una diligencia que requiere el acceso del público. Se entiende que si las partes lo piden se verá la causa en audiencia pública en la que se recibirán los informes orales de los abogados.

Contra el fallo de primera instancia [173] procede recurso de apelación. Al no fijarse un plazo especial, es el común de un día de notificado o leído el fallo de primera instancia. El Superior Tribunal absuelve el grado en el plazo de diez días con el solo mérito de los actuados formados por el Juez de Primera Instancia. El procedimiento recursal no incorpora fase probatoria alguna.

La sentencia de vista, a su vez, puede ser objeto de recurso de nulidad [174]. La Sala Penal, para absolver el grado, requiere de la previa vista al Fiscal Supremo (art. 83º.6 de la LOMP) siempre que el medio comisivo utilizado es un órgano de comunicación social. Es obvio que en la vista

---

[170] El citado Acuerdo Plenario Nº 6-99, de 20 de noviembre de 1999, en el quinto considerando precisa que no es posible dictar en estos procedimientos la medida de prisión preventiva, y a lo más cabe dictar la medida de conducción compulsiva en caso de inconcurrencia. Asimismo, es procedente declarar al imputado reo ausente o contumaz y emitir, en consecuencia, una requisitoria cuya única finalidad será aseguratoria (*Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 264-266).

[171] Ejecutoria superior de Lima de 17 de marzo de 1988. Exp. Nº 551-87 (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 395-396).

[172] Exp. Nº 497-98, Lima (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 132-133).

[173] Según el Acuerdo Plenario Nº 6-99, de 20 de noviembre de 1999, en el tercer considerando precisa que todas las sentencias sin importar su contenido absolutorio o condenatorio, por imperio del art. 139º.4 de la Constitución, deben leerse en audiencia pública (*Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 264-266).

[174] Ejecutoria suprema de 7 de diciembre de 1992, Exp. Nº 1155-91-B, Arequipa (*Normas Legales*, T. 227, abril, Trujillo, 1995, p. J43).

de la causa, al igual que en el caso del recurso de nulidad, se puede citar a los abogados a que informen oralmente.

B. El procedimiento del delito de provocación pública al delito

El art. 315º no contempla un delito privado. Está referido al delito de provocación pública al delito, que el Código Penal vigente regula de modo incompleto por una omisión de redacción en el segundo párrafo del art. 315º (se incluyó el agravante, no la figura básica). La especificidad, en función al procedimiento aplicable, se encuentra en que dicho delito debe perpetrarse por los medios previstos en el art. 314º, ya mencionados.

El procedimiento es el de la sumaria investigación, con la aclaración que se trata de un delito de persecución pública, con intervención del Fiscal. Debemos entender que si bien el plazo de investigación es de ocho días, es obvio que se requiere la acusación fiscal, por lo que salvo el plazo forzosamente debe homologarse el procedimiento al del sumario o abreviado, con la posibilidad de una tercera instancia vía recurso de nulidad.

Lo interesante y polémico de este procedimiento es el art. 317º, segundo párrafo, incorporó una *interdicción* dirigida a las partes para que no hagan uso de los medios de comunicación social para referirse a ellos mismos o a los hechos de la causa, bajo apercibimiento de ser considerado reiterante o de incurrir en la comisión de delito contra el honor. Esta interdicción se utilizó frecuentemente, también, para los delitos contra el honor previstos en el art. 314º, lo que generó fundadas preocupaciones en orden a la libertad de expresión y principio de legalidad. Felizmente, la Ley Nº 26773, de 18 de abril de 1997, entendió que dicho párrafo había sido derogado por la vigencia de la Constitución de 1993.

C. Publicidad del procedimiento de sumaria investigación

El art. 314º no presupone un procedimiento público. Sin embargo, es de dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como se ha precisado al enfocar el mismo tema en el procedimiento previsto en el art. 303º del Código. Ello es más imperativo porque la Ley Fundamental impone la publicidad, de modo obligatorio y sin exclusiones, cuando se trata delitos cometidos por medio de la prensa.

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

4. EL CÓDIGO DE 1991

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

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

El art. 382º *in fine* precisa que el querellante en cualquier estado del procedimiento puede desistirse. Esta norma, sin embargo, es superabundante en virtud de lo expresamente previsto en el art. 78º.3 del Código Penal. Por otro lado, la perención del proceso o abandono de la instancia está fijada en el plazo de 3 meses y puede declararse de oficio (art. 380º *in fine*).

III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

1. ASPECTOS GENERALES

A. Regulación legal y naturaleza jurídica

Este procedimiento tiene su origen en el instituto del "*patteggiamento*" italiano, introducido por la Ley Nº 689, de 24 de noviembre de 1981.

Según Silvia BARONA VILAR, la mayoría de la doctrina italiana entiende que ese término es la traducción del *plea bargaining* del sistema anglo-americano, pero lo cierto es que difiere notablemente de dicho modelo procesal [175]. En el Perú su incorporación ha tomado como fuente los arts. 444º al 448º del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 "*applicazione della pena su richiesta delle parti*" y, en segundo orden, el art. 37º del Código de Procedimiento Penal colombiano, respetándose su redacción original, que luego fue modificada por la Ley Nº 81, de 2 de noviembre de 1993.

El procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad, muy sentida, de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal. La idea de simplificación 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 Nºs 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 anticipa-

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 Nº 26320 se precisa que el límite máximo para presentar la solicitud es la culminación de la etapa de instrucción. En cambio, en la Ley Nº 28008 se señala como límite extremo al momento anterior a la formulación de la acusación fiscal (art. 20º.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 todos las partes, incluidas la parte civil y el tercero civil, a fin de que expongan lo que tengan a bien en resguardo de sus derechos e intereses legítimos. Sin embargo, a la audiencia sólo pueden asistir el fiscal, los imputados y sus defensores. Se realiza en acto privado, sin asistencia de terceros ni presencia del público.

Resulta interesante al respecto lo dispuesto en el cuarto párrafo de la Circular Nº 005-95-MP-FN, pues permite al Fiscal –si lo considera conveniente– adelantar conversaciones extraprocesales con el imputado y su defensor, para someter al juez penal un acuerdo que permita un rápido desarrollo de la audiencia y facilite su adecuado control de legalidad. El sexto párrafo impone al Fiscal contar con un documento–resumen que contendrá puntualmente los hechos objeto de imputación, las circunstancias típicas relevantes y la tipificación correspondiente, así como lo referente a la reparación civil.

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

Si bien el desarrollo de la audiencia es oral por definición, ella queda registrada en un acta donde se recoge los aspectos importantes de lo ocurrido en dicho acto. Los términos del acuerdo se transcriben 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 absolución. **3.** Respecto de la decisión positiva de la certeza de la calificación jurídica del hecho. **4.** Respecto de la valoración de la congruencia de la pena consensuada por las partes. Además, en la parte dispositiva no debe contener otras expresiones

que la solicitud de parte y la aplicación de la pena y consiguiente reparación civil [183].

La Casación italiana (sentencia de 27 de marzo de 1992) precisó que la motivación de la *sentencia patteggiata* se agota en una deliberación al mismo tiempo positiva y negativa; *positiva*, respecto a la superación de los controles arriba indicados, que incluye la legalidad de la condicionalidad de la pena; y, *negativa*, en cuanto a la exclusión de la subsistencia de causas de no punibilidad, de no procedibilidad o de extinción del delito [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 Nº 26320

El primer beneficio especial, y típico de esta institución, es el de rebaja de la pena en una sexta parte. Ello exige como presupuesto que en el acuerdo se precise la pena acordada, independientemente de su 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 Nº 28008

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

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

El beneficio por confesión sincera (*vid.* art. 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 Nº 28008

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

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

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

información suficiente y eficaz, de un lado, para influir sobre la situación antijurídica producida por el delito en sus consecuencias nocivas o peligrosas, o bien, sobre los eventuales desarrollos sucesivos del delito ya realizado; y, de otro lado, para ayudar a la autoridad a buscar pruebas permitiendo en última instancia una eficaz prevención y adecuada represión del delito [191]. Sobre esa base se otorga un premio a comportamientos que pueden definirse genéricamente como de "ayuda" ("o colaboración") a la autoridad judicial o de policía, condicionados a un previo o coetáneo distanciamiento de la actividad criminal mafiosa.

Según Carlos Enrique EDWARDS, cinco son los elementos caracterizantes del arrepentido: **a)** reviste la calidad de imputado de un delito vinculado a una organización criminal; **b)** debe brindar información; **c)** debe tratarse de una información significativa; **d)** esa información tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas; y, **e)** se favorecerá con una reducción o eximición de pena [192].

Dos notas esenciales es del caso destacar en el procedimiento de colaboración eficaz: **1.** Los beneficios que se otorgan tienen el carácter de ser *transaccionales*, en cuanto suponen para el beneficiario el suministro de una información, prueba, delación efectiva, etc., a cambio de una exención de pena, rebaja de la misma, beneficios procesales, etc. **2.** La filosofía que anima este procedimiento está determinada por la necesidad de combatir la impunidad reinante en aquellos procesos en los que no se ha podido identificar a los autores o partícipes, romper la ley del silencio que impera en la criminalidad organizada y servir de instrumento de prevención de la comisión de delitos de gran dañosidad social [193].

El ámbito de aplicación del *derecho penal premial* ha venido expandiéndose progresivamente. Es de tener en consideración que en materia antiterrorista el arrepentimiento se construyó sólidamente –sin per-

---

[191] PEÑA CABRERA: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, cit., pp. 184-185.

[192] EDWARDS, Carlos Enrique: *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 31.

[193] SINTURA VARELA, Francisco José: *Reformas al Procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 36.

juicio de la legislación surgida con las anteriores leyes antiterroristas– a partir del Decreto Ley Nº 25499, de 16 de mayo de 1992, y de la Ley Nº 26220, de 19 de agosto de 1993; así como del Decreto Supremo Nº 015-93-JUS, de 8 de mayo de 1993, y de las Directivas Nº 001-93-JUS-CE, de 8 de julio de 1993, y Nº 002-93-JUS-CE, de 3 de agosto de 1993. La citada legislación fue cancelada a partir de 1º de noviembre de 1994, de acuerdo a la Ley Nº 26345, de 30 de agosto de 1994.

Actualmente, están vigentes las siguientes normas que prevén procedimientos por colaboración eficaz: **1.** Decreto Legislativo Nº 815, de 20 de abril de 1996, para delitos tributarios. **2.** Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996, para delitos de tráfico ilícito de drogas. **3.** Ley Nº 27378, de 21 de octubre de 2000, para: *a)* delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos; *b)* determinados delitos de peligro común y contra la administración pública; *c)* delitos agravados, siempre que se hayan perpetrado por una multiplicidad de personas o que el agente integre una organización criminal; y, *d)* finalmente para los delitos contra la Humanidad y contra el Estado y la Defensa Nacional. **4.** Decreto Legislativo Nº 925, de 20 de febrero de 2003, para delitos de terrorismo y conexos, de apología terrorista y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo, que extiende el procedimiento establecido en la Ley Nº 27378.

Es de aclarar que los Decretos Legislativos Nº 901, de 31 de mayo de 1998, y Nº 902, de 1 de junio de 1998, establecieron un modelo premial y un procedimiento por colaboración eficaz para los delitos de terrorismo agravado o especial y para los delitos agravados [194]. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 005-2001-AI/TC, de 17 de noviembre de 2001, declaró inconstitucional y, por ende, derogó el delito de terrorismo agravado o especial, instituido por el Decreto Legislativo Nº 895, de 23 de mayo de 1998, y su norma modificatoria: la Ley Nº 27235, de 20 de diciembre de 1999. Esa sentencia no comprendió a los denominados delitos agravados previstos en el Decreto Legislativo Nº 896, de 24 de junio de 1998, luego modificado por la Ley Nº 27472, de 5

[194] SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, 1ª ed., Grijley, Lima, 1999, Vol. II, pp. 982-988.

de junio de 2001. Ha sido la Ley Nº 27378, de 21 de octubre de 2000, la que abrogó ambos Decretos Legislativos, toda vez que comprendió dentro de sus disposiciones a los delitos agravados, siempre que en su comisión intervengan una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal, precisamente el supuesto que subsistía en los Decretos Legislativos antes mencionados [195].

Es de acotar que el art. 1º del Decreto Legislativo Nº 901 estableció que el beneficio premial procede contra los indicados delitos agravados a favor de las personas "...que brinden información oportuna y veraz que permita conocer detalles que conduzcan a la desarticulación y captura de una banda y asociación o agrupación criminal". Siendo así, como el art. 1º.2 de la Ley Nº 27378 incluyó tales delitos, en tanto "...se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal", que incluso tiene más alcance que la ley anterior, es obvio que el modelo premial establecido por los Decretos Legislativos Nº 901 y 902 ha sido abrogado por la nueva legislación.

El Proyecto de Código de 1995, inspirándose en el modelo colombiano de la Ley Nº 81, de 2 de noviembre de 1993, optó por el mecanismo de *justicia penal negociada*, en el que el Ministerio Público tiene un papel fundamental y es el encargado de negociar con el imputado y su defensa –que tiene un papel activo–, y de celebrar en su caso el respectivo "Acuerdo de Colaboración", no sin antes realizar una investigación especial para comprobar la veracidad, eficacia y utilidad de la información proporcionada por el "colaborador"; acuerdo que luego es sometido al Juez para su aprobación, siempre bajo determinados requisitos y mediando una audiencia contradictoria. Este procedimiento es el que se ha impuesto en las dos últimas normas con rango de ley expedidas últimamente: Ley Nº 27378 y Decreto Legislativo Nº 925, y sin duda muy diferente al de las dos primeras normas antes citadas: Decretos Legislativos Nº 815 y 824.

Es de tomar en cuenta, sin embargo, las serias advertencias que sobre este fenómeno de "*arrepentimiento procesal*" trazan Alessandro BARATTA y Michael SILBERNAGL [196]. Ambos autores sostienen, desde la perspectiva

---

[195] Parcialmente conforme: CARO CORIA, Carlos: *Código Penal. Legislación complementaria sistematizada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 80-82, notas 38-41.

[196] BARATTA, Alessandro y SILBERNAGL, Michael: "La legislación de emergencia", en: *Doctrina Penal*, Año 8, Nº 29 a 32, Buenos Aires, 1985, *passim*.

político criminal, que esta institución está hecha a la medida de los "superarrepentidos", es decir, para aquellos que tuvieron un rol de primer orden en las organizaciones terroristas (es de ampliar las referencias a "organizaciones criminales" en general), pero son prácticamente inaplicables a quienes (la mayoría) cuya posición en la estructura de esas organizaciones sólo les permite revelar sus propios delitos. Desde la perspectiva técnico-jurídica es de anotar la utilización de conceptos inciertos y valorativos para la determinación de la importancia de las revelaciones e implicaciones de otros en el mismo delito, así como para las apreciaciones sobre lo completo del arrepentimiento. Desde la perspectiva de la estructura del procedimiento, al configurar un aporte acusatorio y no defensivo del interrogatorio y desvanecer la posibilidad implícita de contradecir las pruebas, hacen posible la falsificabilidad de las hipótesis acusatorias y transforman la escena del procedimiento en una actuación invadida por la acusación, a cuya perspectiva apuntan todos los sujetos del proceso.

2. PRINCIPIOS COMUNES DEL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ

Según SINTURA VARELA, son cinco los principios que deben informar este procedimiento especial: eficacia, proporcionalidad, condicionalidad, formalidad y oportunidad [197].

A. Eficacia

La colaboración que ofrece el delincuente a la justicia debe resultar útil, esto es, que la justicia como valor jurídico se preserve. Es la única forma de que el interés público quede bien servido con la premialidad. Se ha de consultar varios criterios esenciales, entre los que destacan: **1.** La contribución a las autoridades para la desarticulación o mengua de organizaciones delictivas o la identificación y captura de uno o varios de sus miembros. **2.** La colaboración en la efectiva prevención de delitos o a la disminución de las consecuencias de delitos ya cometidos o en curso. **3.** La delación de copartícipes acompañada de pruebas eficaces de su responsabilidad. **4.** La identificación de fuentes de financiamiento e

[197] SINTURA VARELA, Francisco José: *Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia*, Diké, Medellín, 1995, pp. 42-52.

incautación de bienes destinados a su financiación. 5. La entrega de bienes e instrumentos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución.

La delación, por ejemplo, debe contribuir al éxito de la investigación y que sirva de fundamento para construir una sentencia condenatoria en contra del delatado. La información proporcionada debe adicionar un elemento nuevo a la investigación, por lo que si los hechos que se delatan ya están establecidos procesalmente, el simple hecho de corroborarlos no permitirá alcanzar un beneficio. La colaboración debe materializarse a través de la comprobación de nuevos hechos. Es de tener muy en claro, según destaca GIMENO SENDRA y lo tiene resuelto el Tribunal Constitucional español en la STC Nº 114/1984, de 29 de noviembre, que la confesión obtenida mediante "ventajas materiales" (v. gr.: la reducción de la pena de los "arrepentidos" o *pentiti*) no puede gozar de valor probatorio alguno para servir de base a sentencias condenatorias contra otros copartícipes en el hecho punible [198].

B. Proporcionalidad

Debe medirse con precisión el grado de colaboración con la justicia, para tasar el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar. Se debe aplicar el criterio de justicia conmutativa, conforme al cual se requiere igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, en este caso, como premio. En caso deba imponerse una pena atenuada, es del caso consultar los criterios de medición vinculados a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho; y, sobre esa base, fijar la atenuación correspondiente.

C. Condicionalidad

Los beneficios no deben tener vida propia. Se otorgan por una sola vez y están sujetos al cumplimiento de condiciones específicas, cuyo incumplimiento determina su revocación. Para las obligaciones, el Juez de manera discrecional debe tener en consideración la naturaleza y modalidades del hecho, las circunstancias de su comisión, la naturaleza del beneficio, la personalidad del colaborador y sus antecedentes.

---

[198] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, T. II (*Proceso penal*), p. 440.

D. Formalidad

La iniciación de este procedimiento exige una manifestación expresa del imputado, quien debe hacer mención que desea acogerse a sus términos. Asimismo, y en su esencia, la colaboración motivo del acuerdo debe ser el resultado de un proceso de diálogo con el Ministerio Público –no tanto con los órganos de seguridad–, de ahí que en el procedimiento preliminar de investigación del aporte del colaborador si bien la Policía debe tener una participación destacada, ello no puede significar que el Fiscal abdique de su atribución constitucional de conducción de la mencionada investigación y se limite a presenciar testimoniales y luego a emitir un dictamen.

En todo caso, el fiscal al culminar la investigación especial llevada a cabo bajo su conducción debe levantar un acta, donde deben consignarse los actos de colaboración, el beneficio que se propone y las obligaciones respectivas. Estas últimas, como se sabe, son una mera propuesta al Juez, quien tiene la competencia para decidir sobre su legalidad.

E. Oportunidad

El procedimiento de colaboración eficaz puede iniciarse en la medida en que el colaborador esté procesado o condenado. También antes, si está sometido a una investigación preliminar. Obviamente, cada momento debe tener sus propias reglas de procedimiento.

Otro tema esencial, en orden a los principios que deben informar este procedimiento excepcional, radicado fundamentalmente contra organizaciones criminales, sean estas subversivas, mafiosas o violentas en general, es que debe articularse un mecanismo procesal en virtud del cual debe imponerse la pena correspondiente al colaborador que vulnera las reglas de conducta y es del caso revocarle el beneficio otorgado.

3. EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 815

Esa norma, aunque más detallada, guarda muchas similitudes con el derogado Decreto Ley Nº 25582 [199]. Está circunscrita a los delitos tributarios sancionados por el Decreto Legislativo Nº 813 (art. 1º). La oportunidad para "arrepentirse" será cuando se encuentra en trámite

[199] *Vid.* SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, pp. 975-976.

una investigación administrativa ante el órgano administrador del tributo, una investigación fiscal ante el Ministerio Público o un proceso penal ante el órgano jurisdiccional, en el que el arrepentido tiene la condición de implicado o imputado.

En igual forma que lo estatuido en el derogado Decreto Ley Nº 25582 el implicado o imputado debe proporcionar información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito tributario, la cual debe hacer posible: **a)** evitar la comisión del delito tributario en el que interviene; **b)** promover el esclarecimiento del delito tributario en el que intervino; y, **c)** capturar al autor, autores y partícipes del delito tributario. El beneficio es otorgado, asimismo, por los jueces con criterio de conciencia y previa opinión favorable del Ministerio Público.

Es de destacar que el Decreto Legislativo Nº 815, *en primer lugar*, incorpora en la captura a los partícipes, que en una lectura técnica del derogado Decreto Ley Nº 25582 no estarían comprendidos, aunque es del caso asumir una interpretación finalista para comprender a todos los participantes en el delito. *En segundo lugar*, diversifica los beneficios: **a)** la *eximición de pena* para el partícipe (cómplice e instigador), siempre que previamente paguen la deuda tributaria; y, **b)** la *reducción de pena* para el autor, la cual no puede ser superior a las dos terceras partes de la pena que corresponda. En el caso del partícipe, si el nivel o significación de su información no es absolutamente determinante, aunque tiene cierta importancia relativa, es posible concederle el beneficio de la reducción de pena, en los mismos términos que al autor (art. 8º). En *tercer lugar*, introduce, sólo para el partícipe, tres beneficios complementarios: **1.** Asignación de recursos económicos destinado a la obtención de trabajo **2.** Cambio de domicilio. **3.** Seguridad personal; beneficios que pueden ser otorgados dentro del proceso penal y puede ser previo a la sentencia si la situación del partícipe así lo requiera. En *cuarto lugar*, siguiendo el modelo antiterrorista, condiciona el beneficio otorgado a que el arrepentido no cometa nuevo delito tributario dentro de los diez años de habérsele otorgado el beneficio (art. 10º), aunque no fija el procedimiento correspondiente para hacer efectiva la revocatoria y la imposición de la pena que corresponda.

Respecto al procedimiento de colaboración eficaz, es del caso precisar lo siguiente: **1.** Que el "arrepentido" –"solicitante" en la ley– debe acudir voluntariamente ante el órgano que tiene a su cargo la investigación o el proceso penal (órgano administrador del tributo, Ministerio

Público o Juez o Tribunal de la causa). **2.** Que el primer acto procesal del solicitante será prestar una declaración, acompañado de su abogado defensor y en presencia del Ministerio Público, que constará en un acta debidamente formalizada y firmada por él, en la que debe constar, de un lado, su confesión veraz y detallada del delito, así como aportará o indicará cómo encontrar los elementos probatorios que corroboren su versión, o de otro lado, cualquier información que permita conocer la identidad y ubicación de los intervinientes en el delito tributario. **3.** Que esa información está sujeta a una comprobación de veracidad a través de una investigación complementaria. Se entiende que si el caso se encuentra ante el órgano administrador del tributo, éste se ocupará de su realización, mientras que si está en la Fiscalía corresponderá al Ministerio Público con la ayuda de la Unidad Especial de Investigaciones Tributarias de la Policía Nacional llevar a cabo las investigaciones; si la causa se encuentra en sede judicial, el órgano jurisdiccional ordenará a la indicada Unidad Especial de la Policía Nacional, bajo conducción de la Fiscalía –de acuerdo a su misión constitucional–, realice las indagaciones correspondientes. **4.** Que culminadas esas indagaciones, la decisión de otorgar los beneficios corre a cargo de la autoridad jurisdiccional, previo dictamen favorable del Ministerio Público. Es obvio que la decisión corresponderá, siempre y en todo caso, al Superior Tribunal, que tiene competencia plena en estos delitos por su naturaleza ordinaria-especial; el Juez Penal es un órgano de investigación, investido únicamente de jurisdicción semi-plena.

Un punto harto polémico se producirá cuando el arrepentimiento se produce en sede administrativa, de suerte que la Administración, sin recurrir al procedimiento de colaboración eficaz, decidirá abstenerse de denunciar los hechos al Ministerio Público, claro está respecto del partícipe. El problema se presenta porque la posibilidad de abstención de la Administración Tributaria no tiene parámetros vinculados a la noción de bagatela o poca culpabilidad y, siempre, bajo la perspectiva de falta de interés público en la persecución.

4. El Decreto Legislativo Nº 824

A. Aspectos generales

El Decreto Legislativo Nº 824, denominado "Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas", en su Título III denominado "Beneficios Pro-

cesales y Penitenciarios Excepcionales", contempla normas de derecho penal premial de carácter sustantivo, así como normas procesales configuradoras de un proceso por colaboración eficaz, que inclusive, a semejanza de las normas antiterroristas, alcanzan al penado. Por tanto, no se trata de beneficios procesales (que no tiene ninguno), no obstante la posibilidad de haber acudido al Proyecto de 1995, sino de normas de derecho penal material, procesal y de ejecución vinculadas a la premialidad y a la colaboración eficaz del imputado o reo.

B. Derecho penal material

Desde el punto de vista del derecho material, el D. Leg. Nº 824 contempla no sólo la exención de pena, sino también la remisión de la misma para el condenado. Este modelo no acepta la atenuación especial de pena. Dos son los casos de exención de pena respecto de la información, siempre oportuna y veraz, proporcionada por el "arrepentido", atendiendo a su eficacia o utilidad: **a)** que permita identificar y detener a dirigentes o jefes de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas o a las actividades de tráfico ilegal de armas o lavado de dinero, siempre vinculadas al tráfico ilícito de drogas; y, **b)** que determine el decomiso de productos o efectos vinculados al indicado delito, que establezca fehacientemente el funcionamiento de una organización dedicada al tráfico de drogas, o que permita la identificación de los dirigentes o jefes y el desbaratamiento de la organización criminal.

En cuanto a la remisión de la pena, ésta operará en los supuestos anteriores respecto a los condenados por los delitos básico de tráfico ilícito de drogas (art. 296º del Código Penal), lavado de dinero (arts. 296º-A y 296º-B del Código Penal) y tráfico ilegal de armas (art. 279º del Código Penal),

La ley trae una definición de "dirigente", "jefe" o "cabecilla", de "firmas", "cárteles" y "organizaciones" harto discutible. No se sustenta en el significado natural de las palabras, esto es, tales términos no designan a quienes controlan dicha organización en atención a su posición jerárquica y de poder interno, sino a los que oportunamente haya registrado o identificado como tales por la Policía Nacional, el Ministerio Público y los organismos de inteligencia de la Policía. Tal descripción (art. 19º *in fine*) es por cierto inconstitucional, pues no sólo no cumple el requisito de taxatividad sino que además despoja al Poder Judicial de su misión de interpretación del alcance de las normas y ata su parecer a

lo que sostengan los órganos de la acusación, lo que adicionalmente vulnera la igualdad de armas y el propio debido proceso.

Los beneficios de exención y de remisión de pena, antes aludidos, no son aplicables: 1. A los dirigentes, jefes y cabecillas de las bandas u organizaciones denominadas "firmas", o "cárteles", dedicados al tráfico ilícito de drogas. 2. A los que se acogieron a los beneficios de la Ley Nº 26320 (terminación anticipada). 3. A los funcionarios o servidores públicos encargados de la prevención, investigación, juzgamiento y ejecución de las penas por dichos delitos.

Esta norma prevé una suerte de indulto atípico, pues lo condiciona no a una situación especial del condenado respecto de la pena impuesta sino a su colaboración con la justicia, en la medida en que sea primario, que el delito objeto de condena sea de mediana entidad: arts. 298º, 300º-302º del Código Penal, y que haya cumplido un tercio de pena privativa de libertad.

El art. 24º ratifica la condicionalidad de los beneficios otorgados. El arrepentido debe firmar un acta con clave y con el carácter de Declaración Jurada, comprometiéndose a no cometer nuevos delitos por delitos de tráfico ilícito de drogas. De volver a ha cometerlos, señala la norma, "...no se podrá acoger a ningún *beneficio penitenciario* posterior, perdiendo los ya adquiridos". El error de la norma es denominar "beneficios penitenciarios" a los beneficios de exención de pena, remisión de pena y de indulto atípico, cuando en puridad de verdad son premios o beneficios excepcionales de derecho penal, que nada tiene que ver con la liberación condicional, semilibertad, etc. Por consiguiente, es de entender la norma como que los imputados pierden los beneficios concedidos y no pueden ser objeto de similares beneficios por segunda vez. Lamentablemente, la ley no ha previsto el procedimiento de revocatoria y consiguiente imposición de la sanción, previo proceso declarativo, específicamente en el caso de la exención de pena.

C. Lineamientos procesales

El primer acto procesal, que revela la voluntad de someterse al procedimiento por colaboración eficaz, es la presentación voluntaria del imputado o reo ante quien tiene a su cargo la investigación o el proceso penal contra él: si se está en la fase preprocesal, la presentación se hará ante la Policía, con la presencia obligatoria del Ministerio Público (no bajo su

conducción, como lo exige la Constitución); si la causa se encuentra en sede judicial, se hará ante el magistrado respectivo; y, si se trata de un condenado, la presentación se hará ante la Sala que emitió sentencia.

Corresponde a la autoridad correspondiente adoptar, acumulativamente, cuatro medidas de seguridad: **1.** Secreto de la identidad del arrepentido. **2.** Asignación de una clave, que continuará durante todo el procedimiento. **3.** Traslado imperativo, por fines de seguridad, a un Centro Especial de Reclusión fijado por el Ministerio de Justicia en coordinación con el Ministerio del Interior. **4.** Imposición de una identidad ficticia.

Producido el primer testimonio incriminador, se dispondrá la realización de una investigación complementaria corroboratoria de la veracidad, oportunidad y eficacia de la información proporcionada. Esta investigación será constatada obligatoriamente con la presencia del Fiscal *(¿no conducida y dirigida por él?)*.

Una vez culminada la investigación (no se fija un plazo específico al respecto, por lo que la Fiscalía en atención a su atribución constitucional de conducción de toda investigación de un delito la fijará caso por caso), a instancia del Fiscal o del propio arrepentido, se procederá del siguiente modo, según se trate del beneficio requerido. Así tenemos:

1. En los casos de *exención de pena*, el Fiscal formalizará denuncia penal contra las personas involucradas por el arrepentido que resulten del contenido de la investigación complementaria, a la vez que en vía incidental y en cuaderno aparte solicitará que el arrepentido sea considerado como testigo. El Juez Penal se limitará a emitir un informe pronunciándose sobre la viabilidad del beneficio impetrado por el arrepentido. La Sala Penal se pronunciará definitivamente en el plazo de 15 días, previa vista fiscal. Si se declara fundada la solicitud de exención de pena, se dispondrá la inmediata libertad del arrepentido y el inmediato archivamiento de los procesos penales por tráfico ilícito de drogas instaurados en su contra siempre que se encuentren pendientes.

2. En los casos de *remisión de pena*, la Sala Penal con los actuados producto de la investigación complementaria que ha realizado la Policía con la intervención directiva de la Fiscalía, las remitirá al Fiscal Provincial correspondiente, quien procederá a plantear formalmente la solicitud en la forma prevista en el punto anterior, sin perjuicio de su

actuación autónoma respecto de las personas involucradas con la declaración del arrepentido, respecto de los cuales obviamente la Policía le habrá remitido el Atestado correspondiente. El trámite ulterior será el mismo que para el caso de exención de pena.

3. En los casos de indulto, luego de la investigación complementaria, la Fiscalía elevará lo actuado en lo estrictamente concerniente al arrepentido al Ministerio de Justicia-Comisión de Indultos. Una vez recibida la información del INPE certificando que es delincuente primario, que ha cumplido el tercio de la condena impuesta y que ha presentado buena conducta, se procederá a calificar la petición para su elevación al Presidente de la República, con arreglo al procedimiento establecido para el trámite de indultos.

El trámite debe realizarse en un plazo máximo de tres meses contados a partir de la recepción de la solicitud, el cual puede ser ampliado otros tres meses. Se entiende que la ampliación corresponderá a la Policía o al órgano jurisdiccional, según el caso. La decisión de la autoridad, cualquiera que sea, se comunicará a la Dirección Nacional Antidrogas de la Policía Nacional y a la Procuraduría Pública correspondiente la información respectiva. Ésta tendrá carácter secreto y servirá para que la Policía adopte las medidas de seguridad y de registro y control que correspondan.

Es interesante destacar que si la solicitud del arrepentido no es aceptada, las declaraciones y los medios acordados se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizados en su contra. Es obvio que frente a una desestimación, cabe el procesamiento penal del imputado, pero no podrá utilizarse en su contra sus declaraciones, como las evidencias que pudieran haberse obtenido a partir de su colaboración desestimada.

5. EL PROCEDIMIENTO TRANSACCIONAL DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA

A. Aspectos generales

La Ley Nº 27378 y su disposición ampliatoria, el Decreto Ley Nº 925, previó un cauce institucional para la aplicación de fórmulas transaccionales, en tanto estuviera de por medio una *delación*. No se trata, en verdad, de un modelo transaccional de aplicación general, tendente, cuando menos, a aliviar el crítico estado en que se encuentra la justicia penal peruana. A esa finalidad está orientada, bajo los ensayos

que ha experimentado el Derecho procesal continental, en primer lugar, el principio de *oportunidad* –de inspiración germana– y, en segundo lugar, la *conformidad* –de influencia española– del Código de 1991 y la *terminación anticipada del proceso* –de fuente italiana– [200].

El procedimiento en cuestión tendencialmente incardina el modelo transaccional en un ámbito muy concreto de la actividad delictiva, la *criminalidad organizada*, y sólo es utilizable en los casos de *delación*, es decir, cuando una persona responsable o sindicada de la comisión de delitos vinculados a esa organización decide voluntariamente ponerse a disposición de la autoridad penal y brindar información relevante a fin que la justicia alcance su objetivo de desarticular la organización delictiva o golpearla severamente. El fin de la medida, por tanto, es la persecución eficaz de las organizaciones delictivas mediante la delación de sus miembros. Desde esa perspectiva es que el Fiscal, en tanto integrante de un órgano constitucionalmente autónomo del Estado encargado de la persecución penal, tiene a su cargo la consolidación de esa institución procesal, que la ley sujeta a un modulado control jurisdiccional, en el que el principio de legalidad y las exigencias continentales del derecho a la libertad de declaración y de presunción de inocencia juegan un papel singular [201]. Para el imputado, someterse a este procedimiento,

---

[200] AGUILERA MORALES, Marien: *El principio de consenso*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 24.

[201] El nivel e intensidad del control judicial sobre la actividad del Ministerio Público está en función de las exigencias que se considere derivan del denominado "*principio de legalidad procesal*", aun cuando se reconozca que el Fiscal es el director de la investigación del delito desde su inicio. Una concepción muy fuerte de ese principio –muy propio del modelo italiano, en donde se entrega al Fiscal la investigación del delito– demandará, como enuncia José Antonio DÍAZ CABIALE (*Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, pp. 290-307), tanto una revisión integral de la actividad desplegada por el Ministerio Público, exigencia de exhaustividad de las diligencias de investigación del Fiscal y una revisión de todas sus decisiones en orden a la persecución penal, haciendo primar la decisión judicial, cuanto un papel activo del juez en la actividad probatoria, quien tiene conjuntamente con las partes la posibilidad de practicar actividad probatoria, esta vez de oficio, así como un sentido de la presunción de inocencia como carga material de la prueba, que es subsidiaria a la actuación probatoria de oficio del órgano jurisdiccional, con lo que su vigencia es mucho menor. Un modelo así, sin embargo, no es el que necesariamente recepta nuestra Constitución, que encarga al Fiscal –integrante de un órgano autónomo de derecho constitucional– la conducción de la investigación del delito, que no impone constitucionalmente –como el modelo italiano– el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, y que acoge tendencialmente una concepción preventiva del Derecho penal.

previa admisión de cargos o su no contradicción expresa, constituye no sólo una vía para mejorar su situación procesal y evitar la imposición de sanciones penales por su conducta delictiva, sino también una vía o mecanismo alternativo al proceso penal contradictorio, al juicio oral propiamente dicho.

Es de precisar que el derecho continental no es ajeno a la utilización de las vías premiales para el colaborador-arrepentido; es más, ha sido un instrumento frecuentemente utilizado en el marco de la legislación represora de la delincuencia asociativa o de naturaleza política. La exención o atenuación especial, dicen VALLE MUÑIZ y FERNÁNDEZ PALMA, (1) constituyen –si se quieren reconducir a categorías dogmáticas tradicionales– una figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento; (2) su fundamento se integra por dos consideraciones distintas: a la innegable orientación utilitarista de los preceptos, se adicionan motivaciones basadas en una "menor necesidad de pena, tanto desde la prevención general como especial"; y, (3) su utilización tiene en consideración la necesidad de vencer el mayor obstáculo en la lucha contra las modalidades delictivas organizadas, que dificultan su completa desarticulación, de ahí que se recurre a la *colaboración-delación* de quienes, precisamente por dedicarse a dichas actividades delictivas, pueden contribuir a su debilitamiento, aunque es de reconocer que tales mecanismos aún no han dado los frutos esperados [202]. Otro autor, como FARALDO CABANA, considera que se trata de una causa específica de atenuación (o de exención) de pena basada en el comportamiento post delictivo del autor, cuyo fundamento es doble; por una parte, las evidentes razones de política criminal, que se resumen en facilitar la lucha contra las organizaciones criminales; por otra, la menor necesidad de prevención general y especial, al tratarse de un comportamiento positivo realizado voluntariamente por el sujeto [203].

La negociación entre la acusación y la defensa está en función exclusiva del beneficio premial. Descansa fundamentalmente en el nivel

---

[202] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MUÑIZ, José Manuel; PRATS CANUT, Josep Miquel; TAMARIT SUMALLA, Josep María; y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1067.

[203] FARALDO CABANA, Patricia: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 287-288.

de importancia de la información que adelanta el colaborador y su defensor –lo que supone de parte de aquéllos el desarrollo de una actividad comisiva, de aportes y apoyo a la actividad del Fiscal–, la cual ulteriormente debe acreditarse (la información debe ser auténtica, completa y veraz) a partir de una investigación efectiva y adecuada conducida por el Ministerio Público [204]. De toda esa actividad preliminar depende, en consecuencia, que el Fiscal negocie la modalidad de alternativa premial que prevé la ley. Esta negociación –*plea bargaining* o *plea discussion*–, desde luego, tiene como presupuesto por parte del imputado el reconocimiento voluntario de los cargos (*guilty pleas*) o, por lo menos, su no cuestionamiento u oposición (*nolo contendere* o *I will not contest it*); admisión o no cuestionamiento que, para evitar autoinculpaciones forzadas, debe limitarse a los hechos que son objeto de imputación. Por todo ello es que la sentencia que el Juez debe emitir, en relación con el Acuerdo que se le presenta, está condicionada al estricto cumplimiento de la ley, pues se trata de beneficios regulados en función de aportes informativos acreditados realizados por el colaborador; se trata, en suma de una sentencia consensuada o convenida –*sentence bargaining*–, que incluye obligatoriamente dos compromisos fundamentales: el cumplimiento de la reparación civil y la colaboración sucesiva con la justicia –*bargain* reparatorio y *bargain* de información– [205].

Se cuestiona la voluntariedad de la aceptación de cargos por el imputado y de la propia negociación, pues se considera que aquél está en una posición de inferioridad frente al Fiscal, con las presiones que ejerce y las amenazas de solicitar una pena mayor si no se acepta la responsabilidad [206].

---

[204] Exponen VALLE MUÑIZ y FERNÁNDEZ PALMA (en: QUINTERO OLIVARES *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ed. 1999, cit., p. 1071) que la colaboración del *arrepentido-colaborador* debe ser *objetivamente adecuada*, pero no necesariamente supeditada al posterior resultado exitoso, que dependerá de factores externos e independientes al propio sujeto, tales como acierto policial en el desarrollo de la operación.

[205] Este *bargaining* de cooperación anota Óscar Julián GUERRERO PERALTA (*Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, p. 179), es un instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, por el que un procesado puede obtener una rebaja sustancial de pena, toda vez que las líneas básicas de la sentencia permiten un cálculo distinto con puntos de partida mínimos como contraprestación a la cooperación, siempre y cuando la petición esté reconocida por la Fiscalía.

[206] Cfr.: AGUILERA MORALES: *El principio de consenso*, cit., p. 153.

En principio, en el caso nacional del colaborador arrepentido, no se trata de forzarlo a admitir cargos sino que él sobre la base de información relevante, que debe acreditarse, obtenga beneficios premiales; sólo se ofrece beneficios si es posible intercambiarlos por información valiosa. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido (STEDH, Asunto "Deweer", de 27 de febrero de 1980) que las fórmulas de autocomposición de los conflictos pueden ser admisibles tanto en materia civil como penal, pero siempre que las mismas cumplan un requisito de naturaleza ineludible: la ausencia de amenaza por parte del actor. En consecuencia, no considera que intrínsecamente una negociación con el Fiscal importa una presión ilegítima que niegue su actuación libre y voluntaria. En ese caso, por lo demás, lo que se declaró contrario a la Convención fue el hecho de condicionar a un ciudadano a convertir una sanción de clausura de un establecimiento comercial por el pago de una multa si es que no intentase una revisión judicial.

No se negocian los cargos o la imputación propiamente dicha, sino la exención, la disminución o la remisión de la pena, a fin de dar lugar al acuerdo transaccional (*agreement*). El Fiscal no está autorizado a excluirlos ni a darles una configuración típica que no corresponda, propio del *charge bargaining* estadounidense (en esto, y sólo en ese ámbito, se circunscribe la negociación o *negotiated plea*). Es más, los cargos que no son aceptados por el colaborador o que no se han descubierto pero surjan luego, son ajenos al Acuerdo. Sobre éstos se continuará, se seguirá o se incoará el correspondiente proceso contradictorio donde se debatirán cumplidamente, y sobre los que puede recaer una sentencia condenatoria, sin que ello afecte el Acuerdo en mención.

B. Ámbito y alcance material de las normas sobre colaboración eficaz

El art. 1º de la Ley Nº 27378 circunscribe el ámbito de la ley a tres supuestos concretos:

1) Delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre y cuando en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos. El delito no está en juego: la especial gravedad del hecho está en la participación delictiva de funcionarios públicos o en la desviación de caudales públicos.

2) Delitos cometidos por una pluralidad de personas o en los que el agente integre una organización delictiva –obviamente un delito referido a la organización delictiva–, aunque circunscritos a los de peligro común (arts. 279º, 279º-A y 279º-B del CP), a los que vulneran la Administración Pública (previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del CP), y a los delitos agravados.

3) Delitos contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Libro Segundo del CP, y contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulo I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal. Aquí no hace falta la nota de pluralidad de agentes o de organización delictiva, pero su comisión presupone en todos los casos por lo menos un concurso de personas [207].

El Decreto Legislativo Nº 925 adicionó un inciso 4) al art. 1º de la Ley analizada. Agregó, de un lado, el delito de terrorismo previsto en el Decreto Ley Nº 25475 y sus modificatorias y conexas, el de apología terrorista previsto en el último párrafo del art. 316º del CP, introducido por el Decreto Legislativo Nº 924, y el de lavado de activos sólo en caso de terrorismo de la Ley Nº 27765; y, de otro lado, al autor de otro delito, distinto de los ya nombrados, que colabore prestando información eficaz referente a los delitos de terrorismo. Asimismo, la Segunda Disposición Final de la Ley Nº 28008, de 19 de junio de 2003, incorporó un inciso 5) comprendiendo a los delitos aduaneros, con excepción del delito de financiamiento de delito aduanero, previsto y sancionado en el art. 7º de la Ley antes mencionada.

Es común a todo este modelo, en caso de concurso de delitos (aun cuando aquellos no estén comprendidos en la lista cerrada fijada en la Ley), la posibilidad de acceso a la negociación a fin de obtener alguno de los beneficios premiales no está clausurada. Ni siquiera se ha colocado una cláusula de cierre, como sería la de prohibir el beneficio si el

[207] Las estadísticas presentadas con motivo de la aplicación de la Ley Nº 27378, vinculada a la criminalidad organizada paraestatal revelan una utilización razonable de este procedimiento. La Fiscalía Superior Coordinadora dio cuenta que desde la vigencia de la ley, esto es, desde el 21 de diciembre del 2000 hasta julio del año 2003, se iniciaron negociaciones de colaboración en 141 casos en las seis Fiscalías Provinciales Anticorrupción, de los cuales sólo 17 han dado lugar a acuerdos de colaboración y 24 se encuentran en trámite (*El Comercio*, Lima, 22 de julio del 2003, p. A-9).

delito en cuestión es más grave que el fijado en el listado respectivo. Ello se desprende del art. 10º de la Ley Nº 27378.

Adicionalmente, excluye definitivamente de este procedimiento a los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones criminales, así como a los altos funcionarios que tienen la prerrogativa de acusación constitucional, y –en el caso del delito de terrorismo– a los que ya han sido objeto de un beneficio premial (art. 7º, primer párrafo, de la Ley). Están parcialmente excluidos los autores de los delitos de homicidio y lesiones graves, previstos en los arts. 106º a 108º y 121º del CP, así como los funcionarios de la Alta Dirección de Organismos Públicos, desde que sólo podrán acceder a dos beneficios premiales: la disminución de la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal, y la liberación condicional en tanto se haya cumplido como mínimo la mitad de la pena impuesta.

La Ley, desde la perspectiva de Derecho penal material, determina: 1) Que están comprendidos, con las excepciones arriba enunciadas, todas las personas que se encuentren o no sometidas a proceso penal o investigación preliminar, incluyendo a los sentenciados, por los delitos y en las condiciones arriba enumeradas. 2) Que la información que debe proporcionarse, sujeta a una ulterior corroboración por el Ministerio Público, está en función a cinco objetivos básicos: evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito; conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o en que se viene realizando; identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse, o a los integrantes de una organización criminal y su funcionamiento; averiguar el paradero o destino de los bienes delictivos, así como indicar las fuentes de financiamiento de la organización; y, entregar los instrumentos, las ganancias, los efectos o los bienes delictivos (art. 3º). 3) Que son cuatro los beneficios premiales a que se puede acceder, que procesalmente puede incluir la variación del mandato de detención por el de comparecencia restrictiva, sin perjuicio de tener presente las excepciones que la propia ley prevé, y las exigencias y modulaciones que cada medida exija (*vid.* arts. 5º, 6º y 7º). 4) Que el beneficio otorgado está sujeto a condiciones: la no comisión de un nuevo delito doloso dentro de 10 años de habérsele otorgado el beneficio, y que no incumpla reiterada e injustificadamente –dentro del mismo plazo– las obligaciones impuestas, fijadas en el art. 17º de la misma Ley (*vid.* art. 8º).

C. El procedimiento especial por colaboración eficaz

La Ley Nº 27378 dedica el Capítulo III a disciplinar el procedimiento por colaboración eficaz, el mismo que ha sido objeto de un Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 035-2001-JUS, de 19 de octubre de 2001. Asimismo, la ley prevé medidas de protección en el Capítulo IV (arts. 21º al 24º), reglamentado por el Decreto Supremo Nº 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001.

C.1. Intervención del Fiscal de la Nación

El art. 1º *in fine* de la Ley Nº 27378 autoriza al Fiscal de la Nación, en su condición de máxima autoridad del Ministerio Público, a dictar –de conformidad con el artículo 1º de la LOMP– instrucciones específicas en orden a la labor de los Fiscales en este novísimo procedimiento. De igual modo, le encarga nombrar un Fiscal Superior Coordinador, a fin de que oriente y concierte estrategias y formas de actuación de los Fiscales en la aplicación de la presente ley.

Esta disposición ha sido desarrollada por dos normas: a) la Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 070-2001-MP-FN, de 23 de enero de 2001, que aprobó la Directiva Nº 01-2001-MP-FN "Instrucciones necesarias de orientación sobre los delitos respecto de los cuales se establecen beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada"; y, b) la Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 071-2001-MP-FN, de 23 de enero de 2001, que aprobó la Directiva Nº 02-2001-MP-FN "Reglamento de Funciones del Fiscal Superior Coordinador". Asimismo, en diversas resoluciones ha designado al "Equipo de Fiscales" [208], Provinciales y Adjuntos, así como al Superior Coordinador, para que se avoquen al conocimiento de las investigaciones preliminares y de los procedimientos por colaboración eficaz.

La primera Directiva regula el alcance y ámbito de la Ley Nº 27378, ya desarrollados líneas arriba. La segunda Directiva reglamenta las funciones y mecanismos de coordinación del Fiscal Coordinador con los Fiscales que integran el Equipo de Fiscales dedicados a estos procedi-

[208] La Ley Nº 27380, de 21 de diciembre de 2000, incorporó el art. 80º-A a la LOMP, facultando al Fiscal de la Nación a designar un Equipo de Fiscales Provinciales y Adjuntos para que se encarguen de casos específicos, así como a hacer lo propio con un Fiscal Superior que coordine las funciones de dichos Fiscales.

mientos (incluye la fase preprocesal y la imposición de medidas limitativas de derechos previstas en la Ley Nº 27379), circunscribiéndolos al procedimiento por colaboración eficaz. Es de particular importancia destacar tres atribuciones que se entregan al Fiscal Superior Coordinador, el mismo que está estrechamente vinculado al Fiscal de la Nación y debe informarle periódicamente, verbalmente y por escrito, las incidencias de estos procedimientos. El Fiscal Superior (1) debe realizar reuniones constantes con los Fiscales para definir los alcances de los Acuerdos de Beneficios; asimismo, (2) debe informarse de las reuniones del Fiscal con los colaboradores y los abogados, y tomar conocimiento del Proyecto de Acuerdo, a fin de cursar las recomendaciones correspondientes; finalmente, (3) debe celebrar periódicamente reuniones con los Fiscales Provinciales o Superiores a fin de coordinar estrategias de negociación, de investigación y de las medidas de aseguramiento personal que resulten indispensables para los colaboradores.

C.2. Fases del procedimiento por colaboración eficaz

El procedimiento por colaboración eficaz, como se ha expuesto, es un procedimiento especial, sujeto a sus propias reglas y fundamentos; por consiguiente, no es un incidente de un procedimiento ordinario-común, es decir de un procedimiento penal contradictorio, declaratorio de condena. Ello ha determinado que los artículos 4º y 5º del Decreto Supremo Nº 035-2001-JUS (en adelante el "Reglamento") fijen trámites que denotan la autonomía del procedimiento por colaboración eficaz, siendo de destacar la necesidad de formación de un expediente propio, donde se anexarán todas las diligencias propias del mismo. Este expediente, formado por una serie de actas que acrediten las diligencias realizadas, expresa la transparencia del procedimiento e impide acuerdos bajo la mesa –*under the table*– o fuera del contexto de la ley. El art. 3º *in fine* del Reglamento, a su vez, precisa que las investigaciones preliminares o procesos judiciales que se sigan contra el colaborador continuarán con su tramitación correspondiente. Existe, como es obvio, un punto de contacto o relación entre un procedimiento contradictorio y un procedimiento por colaboración eficaz, pero no puede confundírselos ni considerar que uno es principal y otro accesorio o meramente incidental del primero.

El procedimiento por colaboración eficaz, cuya lógica –especialmente en sede fiscal– es de una estructuración señaladamente desformalizada,

está integrado por cuatro fases: (1) la *iniciación*, (2) la *corroboración*, (3) la celebración del Acuerdo, y (4) la etapa de *control y decisión jurisdiccional*. Las tres primeras están a cargo del Ministerio Público y de las partes, que culmina con la celebración del Acuerdo o su desestimación (arts. 9º-13º de la ley, art. 1º-11º del Reglamento). La cuarta fase es la propiamente judicial, a cargo del Juez Penal (arts. 14º-16º de la Ley, arts. 12º-18º del Reglamento). Sin perjuicio de la contingente fase de *impugnación* (art. 14º, quinto párrafo, de la Ley, art. 19º del Reglamento), en vía de ejecución es posible abrir otra fase, la de *revocación del beneficio* (arts. 18º-20º de la Ley).

C.3. La fase de iniciación

El procedimiento se inicia, siempre, a solicitud de parte. Es el *imputado*, esto es, la persona que está procesada o sometida a investigaciones preliminares en su contra, o el *implicado* en la comisión de un delito aún no descubierto o contra quien no existen indagaciones preliminares: policiales o fiscales, que debe presentarse ante el Fiscal a fin de solicitarle la iniciación de un procedimiento por colaboración eficaz.

La solicitud del posible colaborador puede ser escrita o verbal, en cuyo último caso se levantará un acta circunstanciada. No se trata necesariamente en estos casos de que el pedido se realice en acto único, pues puede desenvolverse a través de varias "*reuniones preliminares*" (art. 1º, primer párrafo, Reglamento). Estas reuniones –cuya realización es posible que ocurran a lo largo de todo el procedimiento– se llevarán a cabo con el colaborador y su abogado, siempre que no exista impedimento o mandato de detención contra el primero, o sólo con su abogado y el Procurador Público –si el agraviado es el Estado– en caso contrario.

Es evidente, igualmente, que la información que justifica el pedido del solicitante debe ser circunstanciada, es decir, precisa en lo que pide y con una mención razonable a los hechos delictivos en que se ha involucrado (*guilty pleas*), o que en todo caso no los contradiga (*nolo contendere*). Esta información debe cumplir además con los objetivos fijados en el art. 3º de la Ley Nº 27378: evitar la continuidad del delito, conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, etc.

El Fiscal, en función de lo que el solicitante informa y propone, cuya provisionalidad y relatividad es obvia, decidirá mediante decisión motivada si acepta preliminarmente la solicitud y si abre la fase de corroboración. Esta decisión –que no causa estado y puede revisarse si

cambian las bases que la determinaron– no es impugnable (se cuenta que el Fiscal Provincial ha coordinado con el Fiscal Coordinador el alcance de esta primera decisión), y básicamente debe estar en función de la inexistencia de exclusión legal al beneficio premial y, en su caso, de la eficacia y utilidad, *prima facie*, de la información que ofrece proporcionar.

No se opone a la iniciación del procedimiento el hecho que el imputado no acepte determinados cargos, en cuyo caso se estará a lo que surja del procedimiento penal contradictorio. Es claro, vista la naturaleza transaccional de este procedimiento, que el imputado debe aceptar o, por lo menos, no contradecir alguno de los cargos que pesan en su contra, cargos que deben estar comprendidos en lo dispuesto por el art. 1º de la Ley y en el art. 2º del Decreto Legislativo Nº 925.

El Fiscal Provincial competente, en principio, es aquel que tiene a su cargo la investigación preliminar o el proceso penal contra el solicitante. Si se siguen varias instrucciones contra el colaborador, conocerá el que tiene a su cargo la investigación preliminar o instrucción por el delito más grave y, si fueran de igual gravedad, el que conoce de la causa más antigua (esta disposición –art. 3º, tercer párrafo, Reglamento– está necesariamente informada por lo dispuesto en el art. 20º del Código de 1940). Asimismo, como la colaboración es un modelo transaccional referido a un solicitante en particular –sin interesar el número de procesos o investigaciones que tiene abiertas y que, por tanto, deben acumularse ante un Fiscal, que seguirá las mismas reglas ya descritas–, no es posible acumular su solicitud con la de otro colaborador en ese mismo proceso. Cualquier discrepancia al respecto será resuelta por el Fiscal Superior Coordinador. El conocimiento de este procedimiento por un Fiscal Provincial determina la competencia material del Juez Penal y la funcional de la Sala Penal Superior.

Por otro lado, si el proceso penal se encuentra en la fase intermedia, conocerá del mismo el Fiscal Superior, sin perjuicio de que la causa sea objeto de ampliaciones sumariales. Esta adscripción también determina la competencia objetiva de la Sala Penal Superior.

C.4. La fase de corroboración fiscal

1. Una vez que el Fiscal ha dictado la decisión motivada admitiendo a trámite la solicitud de colaboración, sin perjuicio de las sucesivas reuniones que pueda seguir manteniendo con las partes –dejando cons-

tancia en autos (art. 6º, segundo párrafo, Reglamento)–, dispondrá la realización de los actos de investigación destinados a corroborar la información proporcionada por el colaborador. La Ley y el Reglamento no fijan límites a los actos de investigación que deben realizarse durante la etapa de corroboración, ni circunscriben su actuación a determinados actos de investigación.

El Reglamento fija el plazo de duración de la fase de corroboración. Es de 90 días prorrogables por 60 días, cuando está a cargo del Fiscal Provincial (art. 2º, segundo párrafo, Reglamento), salvo que la causa contradictoria se haya elevado definitivamente al Superior Tribunal, en cuyo caso el plazo se reduce a 45 días (art. 4º, segundo párrafo, Reglamento). Si la corroboración está a cargo del Fiscal Superior, una vez que la causa contradictoria está con acusación fiscal (recuérdese que el procedimiento por colaboración no paraliza el procedimiento contradictorio), el plazo (incluyendo la celebración del Acta de Acuerdo de Colaboración y Beneficios) es de 45 días de emitido el dictamen acusatorio. La Sala Penal, en este caso, esperará su vencimiento para dictar el auto de citación a juicio.

2. El primer acto de investigación que fija el Reglamento es la declaración del colaborador o, en su caso, un informe escrito incluyendo las precisiones y evidencias que tenga en su poder. Ese acto está destinado a que: (1) se precisen los hechos delictivos en los que admita intervención o participación delictiva; (2) se informe de la existencia de procedimientos de investigación preliminar e instrucciones en su contra; y (3) se detalle puntualmente la información eficaz con que cuenta y se precisen los aportes probatorios correspondientes.

3. La diligencia anterior determinará el itinerario de la investigación corroboratoria propiamente dicha. Ésta puede realizarse por el propio Fiscal Provincial o encargarse a la Policía, para que bajo su conducción la lleve a cabo. El Reglamento (art. 5º) precisa que el Fiscal debe requerir a los órganos fiscales y jurisdiccionales informe acerca de las investigaciones y proceso que se sigue al imputado, así como copia certificada de las actuaciones correspondientes. Esta información debe remitirse en el más breve plazo y siempre con el carácter de reservado. El carácter reservado de la instrucción no es óbice para el cumplimiento de esta disposición, dado que no se afecta su objetivo y busca, precisamente, determinar los marcos de imputación del colaborador, así como

también las evidencias que aparecen en dichas actuaciones a fin de tenerlas en consideración.

4. Las actuaciones que se lleven a cabo son reservadas, esto es, no asequibles a terceros, pero sí a las partes (art. 2º *in fine* Reglamento). El Fiscal, cuando considere que el conocimiento de algún acto de investigación o pieza del expediente pueda perjudicar el éxito de las averiguaciones de investigación, puede declarar el secreto de las mismas, obviamente mediante decisión fundada y con indicación precisa de las piezas implicadas (concordancia con el art. 73º CPP 1940). Por razones de proporcionalidad, no es posible declarar el secreto de todo el expediente, pues ello limitaría irrazonablemente el acceso de las partes al mismo.

La reserva implica que sólo tendrán acceso al expediente de colaboración el colaborador y su abogado defensor. El agraviado debe ser citado en el curso de la fase de corroboración, quien tiene derecho a que se le informe de los aspectos del procedimiento por el delito en su agravio, a intervenir en el mismo y, en su caso, a firmar el Acuerdo de Beneficios y Colaboración; aspectos últimos que determinan su intervención potestativa. La declaración del agraviado, o su exposición escrita –la Ley no obliga a un testimonio oral– está centrada en el monto de la reparación civil que considere adecuado a sus intereses. El agraviado puede ofrecer pruebas, siempre circunscritas al ámbito de la reparación civil.

Si el agraviado es el Estado intervendrá el Procurador Público. El Reglamento (art. 7º) lo autoriza a presentar la información obtenida de los órganos públicos y a proponer las fórmulas reparatorias que correspondan. Es de precisar, por su propio carácter de parte contingente, no necesaria, que la inasistencia del agraviado a las diligencias y su discrepancia con el monto de la reparación civil no impiden la celebración del Acuerdo. Toda discrepancia sobre la reparación civil puede ser dilucidada ante el orden jurisdiccional civil.

5. El Reglamento (art. 8º) autoriza expresamente al Fiscal a suscribir un "*convenio preparatorio*", donde consten los beneficios preacordados, las obligaciones a imponerse en su día y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración. El convenio preparatorio se suscribirá durante la fase de corroboración siempre que ambas partes –Fiscal, colaborador y su abogado– estén de acuerdo. Es indudable que el alcance del convenio está en función a la calidad de la información ofrecida y a la

naturaleza de los cargos o hechos delictuosos reconocidos por el colaborador. Este convenio, además, determinará el curso de la fase de corroboración, pues permite fijar los mecanismos de la corroboración y la forma y oportunidad en que se proporcionará la información ofrecida.

Siendo un *convenio preparatorio*, la suscripción final del Acuerdo de Beneficios y Colaboración está condicionada a que se cumplan estrictamente todos los puntos ofrecidos por el colaborador, que su información sea corroborada en sus aspectos sustanciales. El Reglamento dice que se corrobore extremos esenciales de la información ofrecida por el colaborador, esto es, que lo establecido no niegue lo afirmado por el colaborador y que, igualmente, no imposibilite alguno de los beneficios establecidos por la ley. La decisión que adopte el Fiscal en este punto no es impugnable, lo que es evidente en tanto si se trata de arribar a un acuerdo por ambas partes, la no aceptación ulterior de una de ellas –basada en una línea de conducta razonable y no fraudulenta– impide su consolidación.

6. Es posible que en el curso de la fase de corroboración se descubran nuevos hechos delictivos imputados al colaborador o surjan otros datos que permitan ampliar el círculo de hechos o de personas involucradas o sometidas a averiguación. En ese caso, dice el art. 9º del Reglamento, el Fiscal debe requerir al colaborador para que se pronuncie al respecto y dé las explicaciones que correspondan. Sobre esa base el Fiscal decidirá si continúa con el procedimiento o lo da por concluido, descartando la posibilidad de un Acuerdo.

7. Durante la fase de corroboración se pueden adoptar dos clases de medidas en salvaguarda del procedimiento y de las personas involucradas en él. En *primer lugar*, el art. 11º *in fine* de la Ley estipula que el colaborador, mientras dure el procedimiento, será sometido –lógicamente con pleno cumplimiento del principio de proporcionalidad– a una *medida de aseguramiento personal*, necesaria para garantizar el éxito de las investigaciones de corroboración, la conclusión exitosa del procedimiento especial y la seguridad personal del colaborador (pueden ser, por ejemplo, internamiento en un Centro de Protección Especial sujeto a un Programa Oficial de Protección, o un traslado de domicilio o de localidad donde reside o labora). En puridad, no se trata de una *medida provisional penal*, destinada como se sabe a prevenir la fuga del imputado, a asegurar las fuentes de prueba o a evitar la reiteración delictiva; es, más bien, una *medida de seguridad procesal*, porque se dicta a

favor de una persona si es de temer que puede verse comprometida su vida o su integridad corporal, la cual es equivalente –por ejemplo– al *internamiento provisional* de un anormal psíquico grave cuando se orienta a protegerlo o tutelarlo y tratarlo médicamente.

En *segundo lugar*, el art. 21º y ss. de la Ley, en concordancia con el art. 10º del Reglamento, prevén la imposición de *medidas de protección* a favor del colaborador y su familia, cuando sea de temer un peligro grave para ellos, su libertad o sus bienes. Estas medidas de protección, al igual que la de aseguramiento personal, buscan evitar atentados a los derechos del colaborador y su familia, y son igualmente medidas de seguridad procesal a favor –nunca en contra, que es lo típico de una medida provisional penal– de quien las necesite.

8. Una vez finalizadas las diligencias de averiguación, o vencido el plazo ordinario y su ampliatorio en su caso, el Fiscal debe resolver si se decide a suscribir el Acuerdo de Beneficios y Corroboración, o si no lo hace.

El art. 13º de la Ley fija los ámbitos de la decisión del Fiscal. Se entiende que el Acuerdo no se suscribirá si el resultado de la investigación de corroboración no permite arribar a los objetivos previstos en al art. 3º de la Ley. Cabe, eso sí, fijar algunas pautas al respecto: en *primer lugar*, la decisión debe estar condicionada a la realización de reuniones de trabajo y discusión con las partes, en especial con el colaborador y su abogado, lo que es una exigencia propia de un procedimiento basado en el consenso; en *segundo lugar*, no se requiere, por cierto, que el resultado de las averiguaciones sea exactamente coincidente con el tenor de las informaciones del colaborador, se exige –eso sí– que se hayan corroborado datos informativos de tal nivel que permitan cumplir los objetivos de la Ley, lo que matizará en su caso el nivel o magnitud de los beneficios materia de acuerdo; y, en *tercer lugar*, es posible que algunas informaciones se descarten, pero ello no enerva el resto de los aportes del colaborador, salvo claro está que se descubra mala fe o una actitud fraudulenta o torticera del colaborador tendente a incriminar cargos gratuitos a inocentes.

9. Los dos párrafos finales del art. 13º de la Ley, fijan tanto la orientación de la investigación corroboratoria cuanto lo que debe hacerse ante cargos gratuitos acabadamente descartados. En *primer lugar*, si la investigación efectivamente arroja cargos fundados –indicios razonables, dice la Ley– contra personas sindicadas por el colaborador o contra otros que surjan de la misma, ello determinará la iniciación o continua-

ción de una investigación preliminar contra ellas para su debido procesamiento penal. Lo esencial en la apreciación fiscal –y, posteriormente, del juez– es que como consecuencia de la investigación corroboratoria considere acreditados los extremos del art. 3º y siguientes de la Ley; su decisión no está condicionada a que, en efecto, se condene al sindicado por el colaborador, aunque es obvio que la prognosis que se realizará apuntará a ese resultado.

En *segundo lugar*, si se acredita que el investigado como consecuencia de las sindicaciones del colaborador es inocente, esto es, que positivamente se descartó su presunta participación en hechos delictivos y que, por ende, la imputación fue gratuita, de mala fe o torticera, el Fiscal está obligado a comunicar al afectado el nombre del colaborador, que hizo la imputación falsa, para que lo denuncie penalmente o lo demande en sede civil, ello sin perjuicio de la medida que pueda adoptar el propio fiscal en orden a su procesamiento penal si estima que la imputación fue conscientemente falsa.

10. El *Acuerdo de Beneficios y Colaboración*, previsto en el art. 12º de la Ley, está sujeto a una detallada regulación en el art. 11º del Reglamento. El acta en cuestión, que contiene el Acuerdo (*agreement*), consta de cinco cláusulas y deben ser firmadas por todos los intervinientes. Para estos efectos es necesario un acto específico y formal, pues como toda acta debe precisar el día y hora de celebración, e identificar a los participantes.

La *primera cláusula* es la de identificación del colaborador y de su defensor, que es especialmente cuidadosa cuando el colaborador ha sido objeto de una medida de protección de reserva de su identidad.

La *segunda cláusula* es de precisión de los cargos que pesan contra el colaborador. Debe indicarse los hechos imputados, precisarse las investigaciones preliminares y procesos judiciales que se sigan en su contra, con indicación del número del expediente y su estado, así como la tipificación que corresponde a cada hecho incriminado.

La *tercera cláusula* es la de reconocimiento, admisión o aceptación, total o parcial de los cargos detallados en la cláusula anterior. Allí debe constar expresamente la voluntad del imputado de someterse al procedimiento por colaboración eficaz y de conocer los alcances de su decisión. Asimismo, indicará qué hechos o cargos no reconoce, pues en ese caso se estará a lo que la justicia decida sobre el particular en el correspondiente proceso penal contradictorio.

La *cuarta cláusula* es la de descripción de la información proporcionada por el colaborador y de delimitación de su utilidad para la persecución penal. En esta cláusula debe indicarse qué información ha sido corroborada y para qué sirve indicando los supuestos de los arts. 3º ó 5º que se consideren cumplidos. Aquí se tendrá en consideración –lo que debe consignarse puntualmente– si alguna información no guarda relación con la verdad de lo ocurrido o si el colaborador ocultó información o brindó una dolosamente falsa.

La *quinta cláusula* es la de descripción del beneficio acordado y de las normas jurídicas aplicables, no sólo del beneficio aplicado, también las de la ley penal que correspondan si el beneficio no importa la exención. Aun cuando se acuerde la exención de la pena, necesariamente se fijará el monto de la reparación civil en favor del agraviado. Por otro lado, si el beneficio importa una sanción, deben incluirse las consecuencias accesorias correspondientes: decomisos y medidas contra las personas jurídicas de ser el caso. En este último supuesto, como es obvio, debe haber sido citado y participado en el procedimiento el representante legal de la persona jurídica afectada.

La *cláusula final* es la de sometimiento del colaborador a las obligaciones a las que se somete. Las reglas específicas son aquellas establecidas en el art. 17º de la Ley. Es de destacar el inciso 5) de esa norma, pues obliga al colaborador a presentarse cuando el Juez o el Fiscal lo soliciten. Sobre esa base, el Reglamento estipula que en esta cláusula se consigne el "...expreso compromiso de colaborar con la justicia en todo cuanto fue objeto de la información que proporcionó y de proceder con apego a la verdad en las causas abiertas contra las personas que resultaron imputadas como consecuencia de la información que proporcionó". Todas las obligaciones fijadas en esta cláusula se garantizarán con una caución o fianza personal, si las posibilidades económicas del beneficiario lo permiten.

C.5. La fase de control y decisión jurisdiccional

1. *De la competencia objetiva.* El órgano jurisdiccional debe recibir el acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración conjuntamente con el expediente formado al efecto por el Fiscal (art. 12º, párrafo I, Reglamento). La competencia material la tiene el Juez que conoce del proceso contradictorio contra el colaborador; si no existe proceso abierto,

conoce el Juez al que le corresponde conocer del delito objeto de imputación. En caso de una pluralidad de causas contra el colaborador, aplicando la regla del art. 20º del CPP, el proceso por colaboración se seguirá ante el juez que conoce del delito más grave y si los delitos están conminados con pena similar, conoce el Juez que tiene a su cargo el proceso contradictorio más antiguo (*vid.* art. 12º, segundo y cuarto párrafos, Reglamento).

2. *Del control inicial del Acuerdo.* El Juez, en el plazo de cinco días de recibido el expediente, debe dictar una resolución en virtud de la cual determinará si el Acta de Acuerdo contiene los requisitos establecidos en el art. 12º de la Ley y 11º del Reglamento. Se trata de un control meramente formal, a efectos de determinar si en el *agreement* se han incluido todos los términos fijados por la Ley y su Reglamento, esto es, las seis cláusulas obligatorias: de precisión de los cargos o hechos incriminados, de reconocimiento o no cuestionamiento de los mismos, de descripción de la información eficaz, de indicación del beneficio premial y de sometimiento a obligaciones. Además, el Juez puede advertir si existe algún cargo no comprendido o expresamente excluido en el Acuerdo, o si en el Acta se advierten oscuridades, errores o inconsistencias subsanables (v. gr.: contradicciones, omisiones legales, incoherencias entre el beneficio acordado y lo establecido por la ley, etc.). Es un control previo y formal porque el juez no ingresa a valorar la legalidad de la negociación, la razonabilidad del acuerdo o la proporcionalidad entre beneficio y aporte informativo del colaborador; por ello es que la resolución es inimpugnable, tal como expresamente se determina en el art. 14º de la Ley.

El Juez, si detecta oscuridades, errores u omisiones formales, en función de lo anterior, devolverá sin más trámite e inmediatamente el expediente al Fiscal. Ello significa que si bien necesariamente debe notificarse a las partes la indicada resolución, en cambio no cabe trámites procesales como los de traslados previos, informes escritos u orales de aquellas, objeciones o aclaraciones. El Fiscal reabrirá las negociaciones con el colaborador y procederá –de existir consenso– a establecer las enmiendas que fueran menester, elaborando un Acta de Acuerdo aclaratoria o complementaria, que a su vez volverá a remitir al Juez.

3. *De la audiencia especial y privada.* El Juez, una vez que reciba el expediente con el Acta de Acuerdo o la complementaria de ser el caso,

expedirá una resolución de citación para la celebración de una audiencia privada especial, con asistencia de quienes celebraron el acuerdo, la cual debe celebrarse dentro del décimo día (art. 14º, primer párrafo, de la Ley). Si el agraviado firmó el acuerdo debe ser citado, pero su inasistencia no impide la realización de la Audiencia.

La Audiencia, que no es pública, pues se limita a los firmantes del Acta de Acuerdo, consta de tres pasos fundamentales. El *primer paso*, es de precisión del contenido del Acta, para lo cual se le dará lectura y se preguntará a las partes si están de acuerdo con su contenido. El *segundo paso* es de interrogatorio del colaborador por el Juez, el Fiscal y la Defensa, acerca de tres ámbitos: de los delitos que acepta o no cuestiona, de la voluntariedad de su sometimiento al procedimiento de colaboración, y del conocimiento del alcance de la información proporcionada, de la renuncia a un procedimiento contradictorio, de los beneficios acordados y de las obligaciones a las que queda sujeto. El *tercer paso*, es el de los alegatos del Fiscal, y de la defensa (incluirá al abogado del agraviado si está presente), así como la última palabra del colaborador, a partir de la cual la causa estará expedita para sentencia. Es obvio que de las incidencias de la Audiencia se levantará un acta, siendo aplicable supletoriamente lo dispuesto en el art. 291º del CPP de 1940.

4. *Del ámbito del control del acuerdo.* El Juez se pronunciará acerca del Acuerdo mediante una resolución que tiene forma de sentencia. El art. 17º del Reglamento dispone que dicha sentencia será motivada, conteniendo una parte expositiva, una parte considerativa y una parte resolutiva. Esta norma está concordada con el art. 121º *in fine* del Código Procesal Civil, en tanto que tal resolución pone fin al proceso en definitiva. Sin perjuicio de contener las exigencias del art. 122º del Código Procesal Civil, las tres partes de la sentencia importan una redacción separada entre sí.

Ahora bien, el control de legalidad sobre el *agreement* comprende cinco ámbitos. El *primero* es si el colaborador actuó voluntariamente y con conocimiento de los alcances del procedimiento. La voluntariedad significa que la aceptación de cargos y la información eficaz que proporcionó el imputado no ha sido inducida mediante coacción, amenaza, promesa de cesar hostigamientos indebidos, para lo cual más allá de los criterios de oportunidad que el colaborador tenga en cuenta para proponer la negociación y someterse a ella, lo esencial es cuidar que se trate de una elección libre y racional, lo que será factible en mayor me-

dida cuando haya sido asesorado por un abogado sobre si tal conducta le resultaba ventajosa (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Asunto "North Carolina v. Alford", de 1970) [209]. Asimismo, en el juicio del conocimiento de los alcances del procedimiento, el Juez debe analizar si el imputado fue engañado o no, y que comprende la naturaleza de los cargos que aceptó, así como las consecuencias de su admisión o no cuestionamiento y de las defensas a las que puede haber renunciado [210].

Por otro lado, cuando el último párrafo del art. 16º del Reglamento menciona un análisis de proporcionalidad acerca de la entidad de los cargos y la responsabilidad por el hecho, no sólo se concreta a una medición a los efectos de la individualización de la respuesta penal en relación con el beneficio premial concedido en contraprestación, también apunta a que el juez haga un análisis razonable acerca de la existencia de base en la realidad para una admisión de cargos, esto es, que existan fundamentos para estimar que el colaborador cometió los delitos que admite o no cuestiona, esto es, como en su día anotó el American Law Institute, que el grado de convicción exigible es la existencia o no de "*probable cause*" en la comisión del delito [211].

El *segundo ámbito* exige que el juez establezca que los hechos objeto del Acuerdo y, en su caso, la persona del colaborador, permitan la negociación y la obtención de beneficios premiales. Debe tratarse de delitos incluidos en la lista fijada por la Ley y de personas a las que la Ley expresamente no excluye de los beneficios premiales.

---

[209] DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 68.

[210] Precisa GUERRERO PERALTA (*Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, cit., p. 165) que "la decisión del procesado de declarar su culpabilidad, encierra en el procedimiento norteamericano la suspensión de los derechos y garantías procesales que se le reconocen constitucionalmente [...]. Para que dicha suspensión sea totalmente válida se exige que el procesado actúe con conocimiento, inteligencia y voluntad. El sistema primario de garantías que se designa para el cumplimiento de los requisitos de inteligencia y conocimiento recaen en el consejo de la defensa, por esa razón es imperativo que el procesado esté representado por un defensor, quien debe estar presente al momento de hacerse la solicitud [...]".

[211] CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos*, Comares, Granada, 1996, p. 164.

El *tercer ámbito* está referido a los beneficios acordados. La Ley debe haberlos previsto expresamente en función de la situación de hecho y de la calificación de la eficacia de la colaboración realizada por el Fiscal e incorporada en el Acuerdo.

El *cuarto ámbito* está en función a las obligaciones impuestas por el art. 17º de la Ley. Existe un listado de obligaciones que se impondrán "*...según la naturaleza y modalidades del hecho punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, la naturaleza del beneficio y la magnitud de la colaboración proporcionada, así como de acuerdo a las condiciones personales del beneficiado*" (art. 17º *in fine* de la Ley). El Juez debe advertir que las obligaciones acordadas estén contempladas en la ley y que no exista una ostensible imposición de obligaciones irrazonables, o una falta notoria de ellas, en función de los criterios ya enunciados.

El *último ámbito* se circunscribe al análisis de proporcionalidad en función de la entidad de la información corroborada, la dimensión de los cargos consignados en el Acuerdo y la responsabilidad por el hecho. El beneficio premial está en función a dos ejes: delitos cometidos y utilidad o eficacia de la información proporcionada; asimismo, el beneficio requiere una constatación de la eficacia de la información. El Juez rechazará el acuerdo si de autos fluye con suma claridad que la información no fue eficaz o que existe una notoria desproporción entre información eficaz y beneficio concedido.

Según lo dispuesto en el art. 17º del Reglamento referido a la sentencia, el Juez deberá detallar, en la parte expositiva, los alcances del Acuerdo y los resultados de la Audiencia, para lo cual apreciará el acta levantada al efecto. En la parte considerativa expresará las razones vinculadas a los cinco ámbitos de control impuestos por el Reglamento. Y en la parte resolutiva estipulará si aprueba o desaprueba el Acuerdo. El poder de control del juez tiene dos límites: no puede modificar los términos del acuerdo, ni excederse en los términos del mismo.

Si la sentencia es aprobatoria, el juez declarará la responsabilidad penal del colaborador sujetándose a los términos del Acuerdo. Si el beneficio acordado consiste en la disminución de la pena, se le impondrá la citada pena, con indicación de sus alcances, modalidad y monto. Si el beneficio es la remisión de la pena, el Juez se limitará a dar por concluida la sanción. La declaración de culpabilidad también tiene lugar cuando el beneficio es la exención de la pena. En todos los

casos de declaración de culpabilidad, se impondrá las consecuencias accesorias y la reparación civil acordadas, así como las obligaciones y el monto de la caución, precisando la forma y tiempo en que se cumplirá la reparación civil.

5. *Efectos de la sentencia.* Si la sentencia es desaprobatoria el Acuerdo se tendrá por no realizado, así como la admisión de cargos del imputado, en tanto que la renuncia a la cláusula constitucional de no incriminación se condicionó al Acuerdo. El colaborador será sometido a proceso contradictorio por los hechos que integraron el Acuerdo o, en todo caso, se estará a lo que fluya de las causas que ya tenía. Ello, no obstante, no elimina las evidencias objetivas que han podido obtenerse durante la fase de corroboración, pues aun cuando éstas se originaron en la información o en los aportes del colaborador, la independencia jurídica de dichas evidencias es manifiesta. No es que la declaración o los aportes probatorios del colaborador sean en sí mismos ilícitos –de hecho, no lo son, salvo un análisis pormenorizado de los mismos, pero en mérito de otra base causal–, sino que simplemente han sido descartados en función de la improcedencia de un beneficio premial fijado por la ley, lo que no guarda relación con una fuente concreta de ilicitud de la propia versión o de las evidencias aportadas.

Si la sentencia es aprobatoria, debe archivarse la investigación preliminar iniciada contra el beneficiado, en caso su expediente se encuentre en esa fase preprocesal. De igual manera, si se trata de una instrucción judicial, ésta debe archivarse definitivamente, en lo que se circunscribe a los hechos y cargos incorporados en el Acuerdo; si la instrucción es compleja, el archivo sólo comprender al colaborador. El Juez del proceso por colaboración debe poner la sentencia en conocimiento de los Fiscales y Jueces concernidos a fin de que éstos procedan a dictar el archivo correspondiente.

6. *Del recurso impugnatorio.* La sentencia, cualquiera que fuera su sentido, aprobatoria o desaprobatoria, puede ser impugnada por la parte a quien le perjudica. El recurso será de apelación si el fallo lo dictó el Juez Penal y de nulidad si el fallo lo dictó la Sala Penal Superior. Es de aclarar que un agravio por una sentencia aprobatoria puede provenir de los propios términos de la sentencia al vulnerar, por ejemplo, las limitaciones referidas a los términos del Acuerdo. Es obvio que si la sentencia aprobatoria cumple rigurosamente el Acuerdo, no existiendo agravio, no es procedente una impugnación.

El plazo de la impugnación es de tres días, si es recurso de apelación; y, de un día, si es recurso de nulidad (las diferencias obedecen a que el Código y las leyes complementarias imponen un doble régimen al respecto). Por otro lado, siguiendo lo dispuesto en el art. 300º CPP 1940, modificado por la Ley Nº 27454, de 23 de junio de 2001, el recurrente debe formalizar su recurso, motivándolo, en el plazo de diez días de requerido por el juez. El órgano revisor resolverá la alzada, con el solo mérito del expediente y previa vista fiscal.

CAPÍTULO XLIII
LOS PROCEDIMIENTOS AUXILIARES

SUMARIO: I. El procedimiento de homonimia: 1. Introducción. 2. Características del procedimiento de homonimia. II. El procedimiento de audiencias públicas extraordinarias: 1. Aspectos generales. 2. El procedimiento de audiencias públicas extraordinarias. III. El procedimiento de cooperación judicial internacional: 1. Introducción. 2. La extradición. 3. Las demás modalidades de cooperación judicial internacional. 4. La cooperación judicial internacional y la Corte Penal Internacional.

I. EL PROCEDIMIENTO DE HOMONIMIA

1. Introducción

Como se anotó oportunamente el procesamiento penal, conforme está indicado en el art. 77º CPP 1940, tiene como presupuesto material que se haya individualizado al presunto autor del delito objeto de imputación. La individualización de una persona consiste en que se encuentre debidamente identificada con sus nombres y apellidos completos. Desde esta perspectiva, el art. 136º del Código Procesal Penal exige que cuando se dicta mandato de detención contra una persona, para su ejecución se deberá cursar una comunicación a la autoridad policial, a fin de que capture al imputado y lo ponga a disposición del Juez de la causa. Ante el mandato judicial, la autoridad policial lo registra y emite los boletines correspondientes a sus Unidades –ese registro es la requisitoria–, la misma que, según el segundo párrafo de la citada norma, modificada por el Decreto Ley Nº 25660, de 13 de agosto de 1992, tiene un plazo de vigencia de seis meses, a menos que fuesen renovadas, salvo el caso de los delitos de tráfico de drogas y terrorismo, en los que la requi-

sitoria no está sujeta a plazo alguno. Es evidente, como ha declarado el Tribunal Constitucional, que toda requisitoria caduca automáticamente cuando se produce la detención o juzgamiento del imputado [212], de suerte que es obligación de la policía anularla una vez se produce la detención y se pone al imputado a disposición judicial.

Inicialmente, el referido art. 136º CPP fue reglamentado por el Decreto Supremo Nº 035-93-JUS, de 31 de agosto de 1993, que no sólo precisó los requisitos de las órdenes de detención, sino diseñó un procedimiento en caso de homonimia, esto es, cuando "...*una persona, detenida o no, tiene los mismos o similares nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por autoridad competente*" (art. 3º).

Este Decreto Supremo, a su vez, fue sustituido por la Ley Nº 27411, de 27 de enero de 2001, que constitucionalmente cumple con la exigencia de contar con un instrumento normativo con el rango necesario para regular un procedimiento ante el Poder Judicial y que incide en el derecho fundamental a la libertad personal y deambulatoria. Este procedimiento, muy célere, ha permitido al Tribunal Constitucional rechazar demandas de Hábeas Corpus cuando el actor alegaba que no era la persona requerida por la justicia, en tanto la ley de la materia "...contempla un procedimiento expeditivo, que no implica en su tramitación un *periculum in mora* para el derecho a la libertad individual del actor..." [213]; y, porque "...contra las perturbaciones que en alguna forma originan estas situaciones de homonimia, existen los mecanismos procesales específicos para superar dicha situación..." [214]. En rigor, no es porque sea expeditivo, sino porque el procedimiento de homonimia es *efectivo* para establecer con celeridad la realidad de una homónima.

El concepto legal de homonimia ha sido descrito en el art. 2º de la Ley. Existe homonimia cuando una persona, detenida o no, tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por la autoridad competente. Esta definición es estricta: *la identidad de nombres y apellidos es*

---

[212] STC Asunto "Carlos Moreno García", 17 de abril de 2002 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0585-2002-HC.html).

[213] STC Asunto "Jorge Gómez Ipérez", de 10 de enero de 2002 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0754-2001-HC.html).

[214] STC Asunto "Francisco Miguel García Zavaleta", de 9 de noviembre de 1998 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/0433-1997-HC.html).

absoluta, consecuentemente, si una persona tiene, por lo menos, un nombre o apellido distinto o tiene un nombre más (es posible que una persona sólo tenga un nombre, y otras tres o más). De ahí que el art. 3º de la Ley exija como datos para el mandato de detención los nombres y apellidos completos (literal 'a'). Lo expuesto significa que si, en principio se detiene a una persona pese a que no es completa la coincidencia de nombres y apellidos con el registro policial, tal detención será arbitraria.

La Ley contempla dos procedimientos: uno judicial –al que nos referiremos-y otro administrativo, en los casos de homonimia. Según el art. 1º, se seguirá un procedimiento judicial cuando la persona se encuentra privada de libertad en mérito de una orden judicial; y si no está detenida, el trámite que puede iniciar será uno administrativo, ante el Registro Nacional de Requisitorias del Poder Judicial (art. 14º), organismo creado por la Resolución Administrativa Nº 134-CME-PJ, de 26 de junio de 1996, dependiente de la Gerencia General del Poder Judicial, el cual está destinado a "*...inscribir a través de un sistema automatizado de información las órdenes de captura y mandatos de detención y/o impedimentos de salida de quienes se encuentran sometidos a proceso penal. El Registro [...] contará con una sede central, ubicada en la ciudad de Lima, y con Oficinas de Requisitorias Distritales interconectadas en las ciudades sede de los Distritos Judiciales...*", al que los órganos jurisdiccionales deben informar cumplidamente los mandatos que emitan.

Lo expuesto no obsta a lo establecido en el art. 8º.3 de la Ley Nº 27238, de 22 de diciembre de 1999, Ley Orgánica de la Policía Nacional, y en el art. 10º.3 de su Reglamento (Decreto Supremo Nº 008-2000-IN, de 6 de octubre de 2000), que establecen que es atribución de la Policía Nacional registrar y centralizar las requisitorias judiciales, procediendo a la anulación o suspensión de las mismas sólo por mandato escrito de la autoridad competente o cuando hayan prescrito de acuerdo a ley, dado que ese registro es interno y es el instrumento que utiliza la Policía para ejecutar debidamente los mandatos de detención, al cual por cierto no se refiere la Ley Nº 27411.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE HOMONIMIA

A. Aspectos previos

El procedimiento de homonimia es un procedimiento auxiliar, pues no está destinado a discutir una concreta pretensión punitiva. Está orien-

tado a establecer si la persona detenida es, efectivamente, aquella contra quien el órgano jurisdiccional dictó mandato de detención o de prisión preventiva. Su nota más destacada es la máxima sumariedad, no sólo en él ámbito de la cognición judicial sino especialmente en los plazos para decidir si el detenido es o no la persona buscada por la justicia penal, que es precisamente a lo que –como se anotó– se refirió el Tribunal Constitucional al calificarlo de "procedimiento expeditivo".

El registro policial de la orden de detención está condicionado a la incorporación del oficio judicial de catorce datos del requerido. De esos datos son indispensables tanto para el registro cuanto para la efectiva detención cuatro: **a)** nombres y apellidos completos; **b)** edad; **c)** sexo; y, **d)** fecha y lugar de nacimiento. Por consiguiente, es evidente que no podrá considerarse debidamente individualizada a una persona, lo que condiciona el procesamiento penal, si el Juez no cuenta con esos cuatro datos. A este respecto el Tribunal Constitucional decidió que el art. 2º.1) de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho a su identidad, debe interpretarse concordantemente con el art. 77º CPP 1940, en el extremo que exige la individualización del presunto autor del delito, por lo que el juez debe percatarse debidamente de la identidad de una persona para procesarla, más aún en los casos en que se la identifica con más de un posible nombre [215].

La intervención policial a una persona requisitoriada exige, de un lado, identificarla fehacientemente y verificar los datos materia de la orden de detención que tiene registrados, los mismos que debe registrar en el Parte o Atestado –incluyendo, de ser posible, una fotografía del intervenido–; y, de otro lado, tomar la identificación dactiloscópica del requisitoriado. Con esta finalidad de identificación debida, es imprescindible que la Policía cuente con el Informe de RENIEC sobre la existencia de posibles homónimos.

B. Competencia objetiva

Si el detenido alega ser homónimo, o la Fiscalía consideran que ello puede ocurrir, debe ser puesto a disposición judicial en el plazo de 24 horas de materializada la medida (art. 6º), el cual será de quince días

[215] STC Asunto "Javier Oropeza Palacios", de 23 de agosto de 2000 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/ 2000/0519-2000-HC.html).

cuando se trata de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, salvo que el juez haya asumido jurisdicción antes de que venza el plazo de dicha medida de detención imputativa (*vid.*: art. 2º.24.'f' Const. y art. 13º de la Ley, aunque es de aclarar que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales y expulsó del ordenamiento jurídico los tipos penales de traición a la patria y de terrorismo agravado o especial). La competencia del juez está en función del lugar de detención. Es claro, entonces, que se trata de un procedimiento que está informado por el principio de rogación: o lo hace el detenido, que es el caso ordinario, o lo hace el Fiscal, en su condición de conductor de la investigación o director jurídico funcional de la Policía si así lo estima conveniente.

Efectuada la detención, puede ser posible que se haya verificado en el ámbito territorial del juez que efectivamente dictó el mandato de detención o prisión preventiva, en cuyo caso dicho Juez decidirá con carácter de previo y especial pronunciamiento la condición de homonimia: él será el competente. En cambio, si la detención se verifica en lugar distinto del ámbito territorial del juez que emitió el mandato de detención, será competente el Juez Penal de Turno Permanente del lugar en que se produjo la detención, en cuyo caso como primer paso deberá solicitar a la autoridad correspondiente que se le proporcione copia del oficio de detención (por razones de facilidad, éste deberá ser proporcionado por la policía en función de su registro; no es de recibo pedir al Juez que emitió la orden, vistos los plazos para la decisión).

C. El procedimiento de homonimia

El Juez competente no sólo debe solicitar, si no la tuviera, copia del mandato de detención, sino también las piezas pertinentes al juez de la detención si considera que el oficio es insuficiente. Igualmente, debe solicitar la información necesaria a la RENIEC si no consta en el Informe o Parte Policial, la que debe proporcionar en el día. Por su parte el detenido deberá presentar las pruebas necesarias para acreditar su verdadera identidad, a fin de efectuar las confrontaciones respectivas. La prueba de cotejo de las impresiones dactiloscópicas del detenido y del requisitoriado es básica en este procedimiento.

El Juez, con ese material probatorio u otras diligencias que su criterio aconseje (pueden ser actos de investigación personales o periciales), deberá resolver la solicitud de homonimia en el plazo de veinticuatro horas, bajo responsabilidad. Se trata de un término perentorio, de suerte

que su decisión estará en función exclusiva del material remitido por la Policía en el Parte o Informe Policial, a las instrumentales acompañadas por el detenido, y a las constancias recabadas por su Despacho. Según la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley todo organismo público o privado deberá proporcionar y suministrar, en el día, la información necesaria al juez para el cumplimiento de los fines de este procedimiento.

Durante el procedimiento de homonimia el detenido deberá permanecer en los ambientes de la División de Requisitorias de la Policía Nacional, tal como lo establece la Segunda Disposición Complementaria de la Ley.

D. La decisión judicial

El Juez, obviamente mediante auto debidamente fundamentado, sustentado en las diligencias e instrumentales del expediente formado para tal efecto, decidirá si el detenido es homónimo o no. Si declara fundada la solicitud de homónima, dispondrá la inmediata libertad del detenido (art. 9º); en caso se trate de Juez distinto al que dictó el mandato de detención, remitirá el incidente –en realidad, el cuaderno formado al efecto–, al Juez de la causa para que se acumule –en rigor, para que se agregue al principal–. En todos estos casos, la fundabilidad de la solicitud de homonimia, como es evidente, no trae consigo la suspensión del proceso penal, ni afecta la orden de detención dictada por el juez de la causa. Esta decisión deberá comunicarse a la Oficina del Registro Nacional de Requisitorias a fin de que expida el correspondiente Certificado de Homonimia en forma gratuita a favor del interesado.

Por el contrario, si el Juez declara infundada la solicitud de homonimia, dispondrá la prosecución del proceso penal y la remisión del detenido, en caso el Juez que decide sea uno distinto del originario, al Juez de la causa (art. 10º).

En ambos casos la decisión es apelable en el plazo máximo de tres días de notificada. La resolución de vista emitida por el Superior Tribunal, sin necesidad de vista fiscal –no lo dice la ley ni está consignado por obvias razones en la Ley Orgánica del Ministerio Público–, debe expedirse, sin trámite alguno, en el plazo de 24 horas. Es discutible si es posible un trámite previo de vista de la causa y de informe oral, no sólo por la literalidad de la norma y, en este caso, por la propia sumariedad del procedimiento, sino porque, en el caso del informe oral, la Ley Or-

gánica del Poder Judicial condiciona la vista de la causa a las decisiones que ponen fin al proceso (art. 132º), que no es del caso en un procedimiento auxiliar de las características del presente.

Un supuesto excepcional de decisión es el previsto en el art. 12º de la Ley. Se trata en rigor de un supuesto para resolver en lo inmediato la situación jurídica del detenido, dado el derecho fundamental en juego, evitando de esta manera un *non liquet*, constitucionalmente prohibido por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, si el Juez considera que no está en condiciones de resolver la homonimia (faltan evidencias, o las que solicitó no han llegado), debe dar libertad al detenido precisando las circunstancias que lo han llevado a dar esta medida. Esta libertad no es incondicional, sino que está sujeta a reglas de conducta, que pueden ser las mismas que las previstas en los supuestos del art. 183º del CPP de 1991 –supuestos de libertad provisional– y del art. 64º del Código Penal –supuestos de reserva del fallo condenatorio–.

Conjuntamente con la excarcelación, el Juez debe realizar una investigación complementaria o suplementaria en el plazo de cinco días naturales adicionales, computados a partir de la fecha de la excarcelación efectiva, a fin de practicar las diligencias que considere convenientes o recabar las faltantes.

La excarcelación, como paso previo a la prórroga de las diligencias de comprobación, empero, no está autorizada en los casos de los delitos exceptuados: terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas (rige la misma aclaración en lo referente a los delitos de traición a la patria y terrorismo especial, derogados por disposición del Tribunal Constitucional).

Es claro que al vencimiento de los cinco días, el Juez debe resolver irremediablemente si declara fundada o infundada la solicitud de homonimia, en cuyo caso rige el trámite ya explicado, previsto en los arts. 9º a 11º de la Ley.

II. EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EXTRAORDINARIAS

1. ASPECTOS GENERALES

El procedimiento de Audiencias Públicas Extraordinarias, que no tiene referentes en el derecho comparado, no está circunscrito a un

proceso penal en particular, sino tiene un carácter general radicado en la totalidad de las causas que tiene un órgano jurisdiccional bajo su conocimiento. Tiene una función de control del desempeño funcional del Tribunal y de las causas de los órganos jurisdiccionales cuyo conocimiento le corresponde, pero desde la perspectiva esencialmente jurisdiccional un efecto de este procedimiento es conceder liberad vigilada a los acusados, que es una modalidad de excarcelación ya estudiada, sustentada en el principio de estricta proporcionalidad y justificada en el reconocimiento del derecho fundamental a un juzgamiento en un plazo razonable o, en su defecto, del derecho a la excarcelación de quien está legalmente preso por un tiempo excesivo.

Señala al respecto Víctor Modesto VILLAVICENCIO que "si los órganos de justicia existieran en número normal; si los procesos marcharan ajustándose a las normas y términos que prevé la ley procesal penal no existiría el problema de las audiencias públicas extraordinarias. Desgraciadamente las causas se acumulan y los detenidos se hallan en condición de obtener su libertad" (216).

Este procedimiento estaba regulado en el Título XI "Disposiciones Finales", arts. 366º al 368º del Código de 1940, pero fue sustituido por el Decreto Ley Nº 25476, de 6 de mayo de 1992.

2. EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EXTRAORDINARIAS

La competencia objetiva para adelantar este procedimiento corresponde a las Salas Penales Superiores de las Cortes Superiores de la República. El calendario de realización trimestral de dicho procedimiento debe aprobarlo el Presidente de la respectiva Corte Superior de Justicia (arts. 2º y 3º); son, pues, cuatro Audiencias Públicas anuales que las Salas Superiores deben realizar.

Este procedimiento, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1º, 3º, 4º y 5º de la Ley, consta de tres fases: de preparación, de la audiencia pública propiamente dicha (ambas bajo responsabilidad del Presidente de la Sala Superior), y de control (a cargo del Presidente de la Corte Superior y de la Corte Suprema).

---

(216) VILLAVICENCIO, Víctor Modesto: *Derecho procesal penal*, Imprenta Rozas, Lima, 1965, pp. 303-304.

En la fase de preparación, una vez que el calendario de audiencias públicas ha sido aprobado por el Presidente de la Corte Superior, el Presidente de la Sala Penal Superior debe disponer que los Secretarios del propio Tribunal y de los Juzgados Penales correspondientes eleven una relación pormenorizada de los expedientes en giro ante los órganos jurisdiccionales a los que están adscritos, a los que se agregarán los informes concurrentes de las Fiscalías y del Instituto Nacional Penitenciario. Asimismo, debe cumplir con comunicar la fecha de la audiencia pública para la concurrencia de los Abogados de los procesados ante el Tribunal, y citar expresamente al Fiscal Superior. El secretario, a su vez, debe informar puntualmente en relación con cada detenido el tiempo de carcelería que viene sufriendo y la pena pedida por el Fiscal Superior, sin perjuicio de dar cuenta –analizando la documentación remitida a la Sala– de las causas que giran ante la Sala y ante los Juzgados y Fiscalías, con mención de las fechas relevantes en cada caso.

La fase de audiencia se lleva a cabo con pleno cumplimiento de la garantía de publicidad, y con la asistencia obligatoria del Fiscal y de los abogados que consideren necesario presentarse. Cuatro pasos fundamentales tiene la audiencia: en primer lugar, con arreglo a la información analítica del Secretario, examinar las razones elevadas por los Secretarios y las Fiscalías; en segundo lugar, dar cuenta al Ministerio Público y escuchar las quejas que formulen los abogados respecto a las demoras en la investigación o en el juzgamiento (lo que implica un análisis no sólo de los expedientes que giran ante la Sala con acusación formulada, sino del conjunto de procesos en giro y de competencia de la Sala, estén o no en la etapa intermedia o de enjuiciamiento); y, en tercer lugar, decidir si corresponde otorgar libertad inmediata o libertad bajo vigilancia a un acusado en cárcel. Todo ello debe constar en un acta.

Dos aclaraciones son de formularse en orden a la excarcelación. En primer lugar, la única modalidad de libertad que puede dictarse en la Audiencia Pública Extraordinaria es la *inmediata* o la de *vigilancia*, expresamente consignadas en los incisos 3º y 4º del art. 1º de la Ley. En segundo lugar, como quiera que se asume un criterio objetivo vinculado al sub principio de estricta proporcionalidad, y asumido desde una perspectiva del derecho a no sufrir dilaciones indebidas, el criterio de apreciación para medirla es la pena pedida por el Fiscal en su acusación escrita, luego, no cabe otorgar libertad si el Fiscal no ha formulado acusación o si la calidad y cantidad de pena es inferior a los márgenes previstos por la ley; tampoco podrá impedirse una libertad si se cumplen los

parámetros fijados en la acusación, pese a que el Tribunal eventualmente discrepa de la cantidad o calidad de pena solicitada. No es que el *petitum* del Fiscal vincule al Tribunal e integre el objeto del proceso, pues en este ámbito el Tribunal en la sentencia puede separarse sin ningún problema, sino que un análisis del Tribunal en este punto, cuando es del caso iniciar el juzgamiento, vulneraría la imparcialidad judicial.

Existen dos clases de libertades: 1) La *libertad inmediata*, que se produce cuando los acusados han sufrido un tiempo de detención igual o superior a la pena solicitada por el Fiscal en la acusación; y, 2) la *libertad bajo vigilancia*, que se dicta cuando los acusados están sufriendo un tiempo de detención superior a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Fiscal en su acusación, sin perjuicio de su inmediato juzgamiento. Estas libertades no son incondicionales ni importan un sobreseimiento de la causa, y visto que el Tribunal no está vinculado a la pena pedida por el Fiscal, al ser simplemente contramedidas provisionales, están sujetas –por su calidad de provisionales– a las reglas de conducta o alternativas que fije el Tribunal, a cuyo efecto puede tomar como referencia el art. 143º del Código Procesal Penal, con exclusión, claro está, de la detención domiciliaria, que siempre importa una grave privación de la libertad personal.

La fase de control importa la intervención, en primer lugar, del Presidente de la Corte Superior, a quien el Presidente de la Sala debe remitir el expediente formado al efecto. El Presidente debe emitir un informe solicitando, de ser el caso, la aplicación de las medidas disciplinarias correspondientes a los magistrados, funcionarios y trabajadores responsables del atraso de los procesos. En segundo lugar, el informe se eleva al Presidente de la Corte Suprema, quien a su vez da cuenta del mismo y de los actuados, a la Sala Plena de la Corte Suprema, que aplicará las medidas disciplinarias pertinentes, de ser el caso.

III. EL PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. INTRODUCCIÓN

A. Aspectos generales

La lucha contra el delito es un objetivo vital de la comunidad de naciones y constituye un importante elemento de la política exterior de

los Estados. En la actualidad el Derecho Internacional Penal exige perseguir o extradir –siendo los casos más notorios los de piratería aérea y control de drogas–, así como procesar efectivamente o entregar en los casos de crímenes internacionales. No sólo se ha mejorado sensiblemente la institución de la extradición, superando una serie de obstáculos a su viabilidad, sino que se ha creado otro conjunto amplísimo de instituciones tendientes a dotar de mayor eficacia a la cooperación judicial internacional.

Hoy en día, la cooperación internacional no sólo se entiende desde el solitario ámbito de la entrega de delincuentes refugiados en un país determinado –propio de la *extradición*–, sino que, de un lado –en el plano Ejecutivo o gubernamental– abarca una política activa de intercambio de información en materia penal y la realización de tareas de investigación conjuntas, coordinadas, entre dos o más Estados. Por otro lado, en el plano judicial, la cooperación comprende una serie de actos judiciales propiamente dichos, tales como: **a)** la prestación de asistencia judicial internacional (exhortos, citaciones, incautaciones, embargos, levantamiento del secreto bancario, declaraciones, etc.); **b)** el traslado de personas condenadas; **c)** la transmisión de la ejecución de sentencias penales; **d)** la transmisión de procesos penales y denuncias para la instrucción de un proceso; **e)** la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional; y, **f)** la entrega vigilada. Ello explica porqué la fuente principal de la cooperación jurídica internacional en materia penal son los tratados.

Por todo ello, nos dicen CALDERÓN y CHOCLÁN, el auxilio judicial ha dejado de ser una cuestión de colaboración de órganos judiciales de un mismo Estado, resultando necesaria cada vez en mayor medida la articulación de instrumentos de cooperación internacional en materia de justicia, que permitan la eficacia de la justicia de cada país, y combatir adecuadamente la torticera utilización de las fronteras jurídicas nacionales como instrumento para eludir la acción de la justicia [217].

Un paso superior se ha dado con la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto se aprobó en Roma en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas llevada a cabo de 15 de junio al 17 de julio de 1998. Esta Corte, integrante del sistema de

[217] CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 672.

Naciones Unidas, de naturaleza permanente, facultada a ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y con personalidad jurídica internacional, puede utilizar en relación con los Estados, sean o no Parte, tres modalidades de cooperación: la entrega o la extradición, el auxilio o asistencia judicial internacional y la ejecución de sentencias penales impuestas por la Corte.

Sin duda alguna, estas formas de cooperación jurídica internacional están circunscritas a delitos de determinada entidad y de características singulares. Su evolución se inició con la extradición, concebida, primero, para los delitos políticos, y, luego, para los delitos graves que no pueden considerarse político-sociales. Posteriormente, las perspectivas de globalización mundial trajeron como consecuencia que un conjunto de conductas delictivas constituyan un ataque contra la comunidad mundial o afecten los intereses de más de un Estado. Ello determinó la configuración de convenios de Derecho Internacional Penal, en los que los Estados signatarios se obligaron a aplicar y ejecutar sus disposiciones a través de su propio Derecho Penal interno y a cooperar en la persecución y castigo de los delincuentes [218].

El Estatuto de la Corte Penal Internacional corona el desarrollo del Derecho Internacional Penal al instaurar definitivamente el sistema de aplicación directa en el campo penal internacional: la Corte no sólo es permanente y se inserta en el sistema de Naciones Unidas, sino que –aun cuando, de conformidad con el art. 1º de su Estatuto, asume un carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales– tiene una competencia propia, radicada en los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.

B. La cooperación judicial internacional

El Perú es signatario de un conjunto de Tratados de Cooperación Jurídica Internacional en materia penal. Priman entre ellos, como es obvio, los referidos a la Extradición, tanto multilaterales, propios del ámbito americano, cuanto bilaterales con un conjunto muy amplio de

[218] BASSIOUNI, Cherif M.: "Características generales del Derecho Internacional convencional", en: BERISTAIN, Antonio (Editor): *Reformas penales en el mundo de hoy*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 159-161.

países. Asimismo, siguen en importancia los Tratados de Asistencia Judicial en Materia Penal, tanto el multilateral celebrado al amparo de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuanto numerosos bilaterales celebrados con países americanos y europeos. Finalmente, existen tratados de traslado de condenados, siendo los de "primera generación" los celebrados con Estados Unidos y Canadá y, los de "última generación", los celebrados con los países europeos y otros americanos, siguiendo al respecto el modelo europeo del Convenio sobre traslado de personas condenadas de 20 de abril de 1959.

La Cooperación Judicial Internacional puede definirse como "*el conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa* ['gubernamental o política' sería el término más adecuado, dado que un dato esencial de la Cooperación es que es un acto de soberanía], *que involucra a dos o más Estados, y que tiene por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados*"[219]. Desde el punto de vista procesal, el conjunto de actos jurisdiccionales llevados a cabo en los marcos de la Cooperación Judicial Internacional constituyen –como ya se expuso en expresión de CLARIÁ OLMEDO– *procedimientos auxiliares*, aunque con el sello distintivo de la incorporación de un elemento internacional.

Esta institución se compone, en consecuencia, de una serie de trámites para resolver o ejecutar situaciones específicas que se presentan durante la marcha del proceso; está regulada exclusivamente en consideración al interés público de la justicia penal, aunque su nota singular estriba en que las cuestiones que abarca son diversas del objeto procesal que integra la cuestión de fondo[220].

El origen de un procedimiento de cooperación judicial está en el proceso penal abierto en el país requirente, cuya existencia está condicionada a la previa instauración de dicho proceso principal, y es al que sirve, posibilita o complementa [221]; en rigor, añaden HINOJOSA y MUERZA,

---

[219] PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "La cooperación judicial internacional en materia penal", en: *Ius et Veritas*, Nº 8, Lima, 1994, p. 81.

[220] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1968, T. VII, pp. 87-88.

[221] FIERRO, Guillermo J.: *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 315.

el procedimiento de cooperación judicial internacional se produce cuando un órgano jurisdiccional de un Estado se dirige al de otro Estado con el fin de practicar determinadas diligencias [222]. De lo que se trata en este caso es que un Estado, parte o no de un Tratado, frente a una requisición de otro Estado u órgano jurisdiccional internacional, articule un procedimiento jurisdiccional a fin de decidir si debe acceder a la solicitud del órgano requirente y, en su caso, prestar una específica asistencia jurídica vinculada al ejercicio del poder punitivo de ese Estado u órgano internacional.

2. LA EXTRADICIÓN

A. Concepto y fundamento

La extradición –institución nacida con nítidos perfiles jurídicos recién a fines del siglo XIV– puede ser definida, al decir de HURTADO POZO, como un acto de ayuda interestatal en asuntos penales, que tiene por objeto transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a la de otro [223]. Sus elementos, anota BRAMONT ARIAS, son cuatro: 1) La presencia imprescindible de una relación de dos Estados, uno que solicita la extradición o requirente, y otro que recibe la solicitud de extradición o requerido; 2) Debe producirse un pedido formal del Estado competente, mediante una solicitud que reúna ciertas formalidades reconocidas por la praxis internacional; 3) El individuo cuya extradición se solicita debe haber sido necesariamente procesado o condenado por el delito que se le imputa, dentro de los límites de la jurisdicción del Estado; y, 4) El delito imputado debe pertenecer a la categoría de los delitos comunes [224].

La extradición implica una triple relación jurídica que tiene como sujetos: al Estado requirente y al requerido; al Estado requirente y al *extradicto*; y al Estado requerido y al *extradicto*, respectivamente. Se exige, como plantea BUENO Y ARUS, una obligación estatal dimanante de un Tratado, de la ley y del principio de reciprocidad, la que se actualiza por

---

[222] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.: Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., p. 271.

[223] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 260.

[224] BRAMONT ARIAS, Luis: *Derecho penal. Parte general*, Vilock, Lima, 1972, T. I, pp. 195-196.

medio de una solicitud formal de extradición. El *extraditurus* debe estar afecto a un procedimiento penal en el Estado requirente, a título de procesado o condenado; y, el Estado requerido lleva a cabo una doble actividad: **a)** la detención preventiva del *extraditurus*, como medida de aseguramiento de la eventual entrega del mismo al Estado requirente; y, **b)** el desarrollo de un procedimiento formal encaminado a comprobar judicialmente la existencia de las condiciones para la extradición y dar parte activa al reclamado con todas las garantías de un proceso ordinario [225].

Enseña MANZINI que la extradición –que en su aspecto más general tiene carácter de derecho internacional– en cuanto reconoce y limita el interés del Estado requirente y correlativamente reconoce y disciplina derechos e intereses individuales, pertenece al *derecho penal sustancial* (llamado *derecho penal internacional*), puesto que se refiere a la pretensión punitiva del Estado requirente y a las potestades y los límites jurídicos del Estado requerido. Asimismo, pertenece al derecho procesal penal aquella parte del instituto que se refiere a los medios y a las garantías procesales con que se propone, discute y valúa jurisdiccionalmente la cuestión concreta de la extradibilidad [226].

Contemporáneamente, la extradición es considerada como una institución de naturaleza jurídica y como un acto político. Señala QUINTERO OLIVARES que la razón esencial de su naturaleza jurídica es su estricto sometimiento al principio de legalidad y a la garantía de seguridad jurídica, que se manifiesta en una serie de requisitos para su concesión, aunque también para su petición, que son de cariz estrictamente normativo (doble incriminación, especialidad, pena imponible, delitos exceptuados, etc.), a lo que se añade la competencia fundamental para su concesión, que corresponde a los tribunales ordinarios. La naturaleza política de la extradición se vincula con el interés político; como tal, corresponde al Estado requerido valorar si la extradición es, además de jurídicamente posible, políticamente conveniente[227].

---

[225] BUENO Y ARUS, Francisco: *Convenios de extradición. Notas básicas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980, pp. 29-37.

[226] MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1951, T. I, pp. 182-183.

[227] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; y PRATS CANUT, Josep Miquel: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 189-190.

Esta institución, en cuanto a su fundamento, se orienta en el sentido que la sanción del delito debe ser realizada en el lugar donde fue ejecutado (que traduce el principio del juez legal), es decir, en el lugar donde ocurrió la afectación del orden jurídico y donde existen los suficientes elementos probatorios necesarios para la investigación [228]. Procura evitar la impunidad de ciertos delitos, esto es, que el refugio de un delincuente en otro Estado soberano, intentando eludir la acción de la Justicia, suponga impunidad, pese a que los dos Estados (requirente y requerido) desean evitarlo [229]. Garantiza, pues, la ubicuidad de la represión de las relaciones internacionales [230].

En consecuencia, la extradición es finalmente una institución mixta (jurídica y política), que, a su vez, en el plano estrictamente jurídico es híbrida, por cuanto pertenece y está influida por tres disciplinas jurídicas distintas: el Derecho Internacional, el Derecho Penal y el Derecho Procesal. Desde el punto de vista internacional es un acto de relación entre dos Estados que generan derechos y obligaciones mutuas. Procesalmente es un acto de asistencia judicial. Penalmente no es más que el reconocimiento de la extraterritorialidad de la Ley de un país en el ejercicio legítimo de *ius puniendi* [231].

En concordancia con lo expuesto, la Corte Suprema, en la Ejecutoria de 4 de marzo de 1998, ha señalado que la extradición, en efecto, tiene por finalidad poner a disposición de la autoridad judicial correspondiente al justiciable, cuya presencia se requiere para el enjuiciamiento o para cumplir la pena que se le haya impuesto como reo presente, al haberse agotado las medidas coercitivas pertinentes en el Estado requirente [232]. Este concepto, propio de la doctrina jurisprudencial, y compatible con el art. 1º de la Ley Nº 24710, permite entender, a su vez, que

---

[228] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 87.

[229] FERRÉ OLIVE, Juan Carlos: *Crimen internacional y jurisdicción internacional*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 188.

[230] COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, p. 165.

[231] GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 6, p. 834.

[232] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 613-614.

la extradición desde el punto de vista de sus fines, puede ser: **a)** *extradición procesal o cognitiva*, destinada a hacer que el extraditable sea procesado; y, **b)** *extradición ejecutiva*, fijada para que el extraditable pueda cumplir con una pena ya impuesta, para cuyo efecto nuestra legislación exige que la sanción se haya dictado en presencia del reo [233].

B. Normas de derecho interno en materia de extradición

B.1. La Ley de extradición de 23 de octubre de 1888

La primera ley de extradición nacional, de 23 de octubre de 1888, que nuestro CPP de 1940 respetó íntegramente en sus arts. 345º y 346º, consagró el *principio de reciprocidad* en materia de extradición, la que era otorgada por el Poder Ejecutivo. Por otro lado –como acota HURTADO POZO–, esta norma reconocía tácitamente y de manera limitada el *principio de la especialidad*, en virtud del cual la extradición se concede por una infracción determinada, por la que debe ser juzgado el delincuente. Sin embargo, según el art. 5º de la Ley, si se descubría que el reo lo es de otro delito distinto y más grave, el Gobierno requirente podrá hacerlo juzgar por este último, participándolo al Gobierno del Perú; en consecuencia, bastaba la comunicación del Gobierno peruano, no era necesario su consentimiento [234].

Desde la perspectiva de Derecho penal material, es de resaltar que: **1)** Los delitos objeto de extradición eran todos aquellos que tenían previstas en el país (con lo que adicionalmente se recogía el principio de doble incriminación) las penas de muerte, penitenciaría, presidio, trabajos forzados o prisión, superiores a dos años. **2)** La extradición no procedía tratándose de nacionales, de delitos políticos, de delitos prescritos según nuestro ordenamiento y en los casos de delitos ya juzgados y sentenciados en el país. **3)** Si no se concedía la extradición, el Perú podía juzgarlos y castigarlos conforme a la ley nacional.

Desde el Derecho procesal, es de anotar que: **1)** La demanda de extradición debía estar aparejada, en primer lugar, con la sentencia condenatoria o principio de prueba que, según las leyes del Estado en que se hubiera cometido el delito, fuera bastante para justificar la captura y

---

[233] HUAPAYA OLIVARES, Alberto: *La extradición*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, p. 31.

[234] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 263.

enjuiciamiento del reo; en segundo lugar, con todos los datos necesarios para acreditar la identidad de la persona requerida; y, en tercer lugar, con copia de las disposiciones legales de la nación requirente aplicables al caso. 2) La demanda, presentada por conducto diplomático, era cursada a la Corte Suprema, la que, previa audiencia del Fiscal, emitía informe sobre la legalidad o ilegalidad de la reclamación y remitía los actuados al Presidente de la República, quien resolvía con acuerdo del Consejo de Ministros. 3) En casos urgentes podía decretarse la detención provisional del inculpado si el gobierno reclamante lo solicitaba, que cesaba si no se formalizaba la demanda de extradición en el término de tres meses desde el arresto.

B.2. La Constitución de 1993

La Constitución de 1993, en su art. 37º, sanciona tres principios referidos a la extradición: *Primero*, consagra el sistema mixto judicial-ejecutivo, por el que decide el Poder Ejecutivo con la preceptiva intervención técnico-jurídica de la Corte Suprema de Justicia. Ello significa, en palabras de LEONE, que pertenece al Gobierno la decisión de la extradición, pero se exige como presupuesto esencial la decisión de un órgano jurisdiccional acerca de la existencia de las condiciones para su procedencia [235].

Segundo, la extradición –como institución jurídica– se sujeta a lo que disponen los tratados y la ley interna, así como –y a nuestro juicio de modo concurrente, adicional, complementario, pero limitador– al principio de reciprocidad, sujeto a evaluación del Poder Ejecutivo.

El citado principio de reciprocidad exige: 1) indagar si en los archivos hay expedientes de extradición en una u otra dirección con los países que lo soliciten o a los que se solicita la extradición; 2) constatar si en la documentación remitida por el país requirente se hace la solicitud "...en condiciones de reciprocidad..." y "reitera su disposición a prestar una ayuda jurídica análoga a las autoridades nacionales" [236], aunque también –como postula PASTOR BORGOÑÓN– puede entenderse como la actitud que debe adoptar el Gobierno de exigir que el Estado requirente

---

[235] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 526.

[236] ALARCÓN BRAVO, Jesús: "La práctica extradicional: Cuestiones", en: *Boletín de Información*, Año LIII, Nº 1848, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 2049.

mantenga en general una actitud de cooperación en materia de extradición o, en su caso, que suela conceder la extradición en supuestos similares, pero sin buscar una estricta correspondencia caso por caso [237].

No creemos válido, a estas alturas de la evolución jurídica, entender tal principio como una fuente supletoria al tratado mismo, que es por cierto el criterio mantenido en nuestro país. GARCÍA RADA, invocando inclusive jurisprudencia de principios del siglo pasado, puntualiza que "Los tratados implican correspondencia de tratamiento en materia extradicional entre los Estados. No habiéndolo, los países exigen la reciprocidad como fundamento para acceder a la extradición" [238].

Tercero, prohíbe la extradición cuando ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza; así, como cuando se trata de delitos políticos o por hechos conexos con ellos, excluyendo expresamente de tal calificación el genocidio, el magnicidio y el terrorismo.

B.3. La Ley Nº 24710 y el Decreto Supremo Nº 044-93-JUS

B.3.1. Notas explicativas de la extradición

La Ley Nº 24710, de 27 de junio de 1987, derogó la anterior Ley de extradición y los arts. 345º y 346º CPP, disciplinando –bajo la inspiración de la legislación española (Ley Nº 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva)– tanto la extradición pasiva como la activa, desarrollada después en el Decreto Supremo Nº 044-93-JUS, de 10 de diciembre de 1993.

La Ley en referencia, como se anotó, reconoce: (1) la *extradición activa*, que es la petición formal que el Estado requirente dirige al Estado requerido, solicitándole la entrega de un delincuente refugiado en el territorio de éste, con el objeto de aplicar el ordenamiento vigente en aquél a la conducta delictiva del sujeto evadido, específicamente consignada en la solicitud de extradición (*vid.* art. 4º). (2) la *extradición pasiva*, que es la entrega de un delincuente real o presunto refugiado en el

---

[237] PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: "Comentarios a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva", en: *Poder Judicial*, Nº 15, junio, Madrid, 1985, p. 97.

[238] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 393, citando fallos publicados en *Anales Judiciales*, 1911, Lima, p. 469; y en *Anales Judiciales*, 1907, Lima, pp. 581 y 587).

Estado solicitado de otro Estado reclamante (*vid.* art. 5º: esa persona puede estar en el Perú, por ejemplo, como residente, turista o de paso). Y, (3) la *reextradición o extradición doble*, que es la segunda entrega del delincuente, realizada por el inicial Estado requeriente, una vez que ya la obtuvo en virtud de extradición del Estado de refugio, que a su vez lo reclama de aquél (*vid.* art. 15º: El Perú impone dos condiciones: una, que el Estado primeramente solicitado haya dado su consentimiento; y, dos, que el extraditado ya se encontrare en libertad en el Estado primitivamente solicitante, transcurrido dos meses después de su absolución o del cumplimiento de la pena impuesta) [239].

Es de destacar, a modo general, tres directivas legales sobre el particular:

1) Las condiciones, los efectos y el procedimiento de extradición se rigen, primero, por los tratados; y, segundo, por la ley de manera supletoria (art. 2º).

2) La reciprocidad (art. 3º) es entendida, sin embargo, no como un principio limitador de la concesión de la extradición sino como fuente supletoria en su sentido tradicional, es decir, que actúa en defecto de tratado. En todo caso, los límites para que opere están fijados en los arts. 6º y 7º de la ley de extradición.

Empero, tal forma de entender el principio no es aceptable dado que permite una cooperación fuera de marcos preestablecidos y *ad hoc* para casos concretos [240]. Al respecto, COUSIÑO MC IVER, apunta que la extradición así entendida no puede justificar –por sí sola– el otorgamiento de una extradición, al menos sin violar el principio del *nulla traditio*, ya que la ley que le serviría de fuente no estaría constituida por requisitos de carácter sustantivo, sino simplemente formales [241].

---

[239] PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1999, pp. 224-225.

[240] En igual sentido se pronuncia Javier VALLE RIESTRA (*La extradición*, AFA, Lima, 1989, p. 28), autor de la Ley de Extradición nacional, quien señala que esa disposición fue incorporada por el Senado, a instancias del Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuyo informe destaca que la reciprocidad sirve, entre otros supuestos, para efectivizar la extradición con países con los que el Perú no esté vinculado por Tratado.

[241] COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T. I, p. 207.

La Corte Suprema, en primer lugar, ha señalado que si en el Tratado no se encuentra comprendido el delito objeto de la demanda de extradición, ésta resulta improcedente [242]; empero, en otro caso ha sostenido que si bien no existe tratado, la extradición procederá si en el país requerido su ley interna permite la extradición bajo el principio de reciprocidad o cortesía [243]; finalmente, con una posición amplísima, sostiene que si no existe tratado, debe observarse el principio de reciprocidad a que hace referencia el art. 37º de la Constitución y las normas contenidas en la ley peruana de extradición (exige además que se haya dictado un auto firme de prisión y que el pedido lo realice el Presidente de la Corte Suprema vía el Ministerio de Relaciones Exteriores) [244]. En segundo lugar, ha invocado el principio de reciprocidad para solicitar la extradición a países con los que no existe tratado, tales como Italia (1907), Alemania (1924), Cuba (1907) y México (1911) [245]. En tercer lugar, ha extendido los alcances del aludido principio al sostener, en la Ejecutoria de 30 de abril de 1998, que es de recurrir excepcionalmente a dicho principio en caso que no existiera tratado o, pese a la existencia de tratado aplicable, éste contemple un listado enunciativo y no taxativo de los delitos que ameritan extradición [246], lo que es censurable, toda vez que precisamente la configuración de un tratado, sea que siga el sistema de listas o el de duración de la pena, es –entre otros requisitos– para determinar con exactitud el ámbito de su aplicación: las listas son taxativas, nunca enunciativas. En cuarto lugar, ha considerado que, además del tratado, debe sustentarse en el principio de reciprocidad, aunque no ha explicado el motivo de ese doble fundamento [247].

---

[242] Ejecutoria suprema de 3 de setiembre de 1962 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1963, Lima, p. 93).

[243] Ejecutoria suprema de 21 de junio de 1982 (*El Peruano*, Lima, 5 de julio de 1982, p. 679).

[244] Ejecutoria suprema de 26 de diciembre de 1997, Exp. Nº 05-97 (CHOCANO RODRÍGUEZ / VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 285-287).

[245] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., pp. 683-684.

[246] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 622-623.

[247] Ejecutorias Supremas de 18 de noviembre de 1994, 23 de noviembre de 1994 y 10 de noviembre de 1994 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 454-461). Reitera esa posición en la Ejecutoria suprema de 18 de marzo de 1998, Exp. Nº 09-97 (CHOCANO RODRÍGUEZ / VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 289-290).

En nuestro país, por ejemplo MAZUELOS COELLO, sostiene que es posible acudir al principio de reciprocidad –entendiéndolo como el acuerdo entre las partes y el compromiso por el Estado solicitante de acceder a la extradición cuando se presente un caso análogo– no sólo ante la inexistencia de tratado, sino cuando éste no contemple expresamente un delito, en atención a los principios que actualmente orientan la asistencia judicial internacional y a la evolución del derecho penal moderno, que en los últimos años ha tipificado conductas específicas (delitos económicos, tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero, medio ambiente, etc., crímenes que no han sido incorporados en los tratados y que una concepción restringida implicaría su impunidad) [248]. Sin embargo, no puede confundirse las exigencias político-criminales y de política internacional que impelen a los Estados a intensificar y formalizar sus vínculos en materia de control de la delincuencia, con las garantías y requisitos del Derecho internacional. La extradición debe tener como fuente un tratado y en él las altas partes contratantes configuran el ámbito y características de la institución, que constituyen límites de sus obligaciones y las correspondientes garantías para los ciudadanos. Si un delito no se consignó en el tratado, ello significa que se estimó como no extraditable, y, si el delito fue tipificado con posterioridad al Tratado, en tanto no exista una expresa obligación internacional de su punición derivada de un Tratado y siempre que no constituya un crimen internacional que obligue a los Estados a su persecución (v. gr.: genocidio, tortura, tráfico de drogas, etc.), resulta imperativo desestimar la extradición.

3) La vigencia del denominado "principio de especialidad", en cuya virtud la persona entregada al Estado requirente sólo podrá ser enjuiciada o condenada por los mismos hechos por los que se solicitó y concedió la extradición, sin que el enjuiciamiento o condena pueda extenderse a hechos anteriores y distintos. Este principio sirve para la defensa de la persona entregada y para proteger la soberanía cedida por el Estado requerido.

Dos temas trae consigo este principio, según BELLIDO PENADÉS. En *primer lugar*, determinar si es posible un cambio de calificación de los hechos que fueron materia de extradición. Algunos tratados resuelven el tema,

---

[248] MAZUELOS COELLO, Julio: *Control social y dogmática penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 152.

como es el caso del Tratado Europeo de Extradición (art. 14º.3), permitiéndolo siempre que la nueva calificación importe un tipo penal que hubiera permitido la extradición. En verdad, de *lege ferenda* tal modificación no tiene porqué estar prohibida dado que lo que el principio prohíbe es enjuiciar y condenar por *hechos distintos* no por tipo penales distintos.

En *segundo lugar*, la aceptación, legal y doctrinaria, que el principio de especialidad no tiene un carácter absoluto. Se autorizan dos excepciones referidas al enjuiciamiento y condena por hechos anteriores y distintos de los motivadores de la solicitud de extradición: **a)** cuando lo consienta o autorice el Estado requerido, a cuyo efecto deben darse curso a los trámites de ampliación correspondientes, que son los mismos que el de la propia extradición; y, **b)** cuando determinadas circunstancias revelen el consentimiento de la persona extraditada. En este último caso existen ejemplos de algunos Convenios internacionales celebrados en los marcos Schengen y Comunitario Europeo, exigiéndose en todo caso una renuncia expresa y con obligatoria asistencia letrada. El consentimiento tácito es aceptado en casos muy puntuales, como la permanencia del extraditado en territorio del Estado requirente por más de 45 días o en su regreso voluntario al mismo (*vid.* art. 14º.1.'b' Convenio Europeo de Extradición) [249], pero ello no obsta para considerar válidos otros supuestos, como sería aquél en que el imputado, luego de plantear un medio de defensa cuestionando una vulneración del principio de especialidad, se desista en un acto posterior del mismo y se someta a todas las incidencias del proceso penal.

B.3.2. La extradición pasiva

En materia de extradición pasiva, aquella que se pide al Estado peruano, la Ley fija las siguientes directivas:

1) No es admisible la extradición: **a)** si el Estado solicitante no tuviera jurisdicción o competencia para juzgar el delito; **b)** si el extraditado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado; **c)** si el delito hubiera prescrito; **d)** si la pena conminada fuere inferior a un año de prisión; **e)** si el delito fuera militar, contra la religión, político, de prensa o de opinión, privado (con excepción de estupro y violación),

---

[249] BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La extradición en derecho español*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 91-100.

monetario y fiscal, o si se tratare de faltas; **f)** si el hecho fuera considerado una infracción política o fuera conexo a ella, o si se tratare de una persecución por móviles políticos, de raza, religión y nacionalidad (*vid.* arts. 6º y 7º).

Por otro lado, concedida la extradición, la entrega no se realizará si el Estado solicitante no se compromete a respetar el principio de especialidad, con las excepciones ya indicadas; a no incluir como factor de agravación de la pena un fin o motivo político, militar o religioso; a computar a favor del extraditado el tiempo de carcelería sufrida en el país; a no ser entregado a un tercer país; y, a no aplicar la pena de muerte (*vid.* art. 23º).

2) Incorpora en su art. 8º el principio *aud dedere aud punire* (aunque con mayor propiedad debe decirse *aud dedere aud judiciare*), concordante con lo dispuesto en el art. 3º del Código Penal. Asimismo, la Ley permite aplazar la entrega del extraditado cuando estuviera procesado o cumpliendo pena, en cuyo caso la entrega se producirá concluido el proceso o extinguida la pena (*vid.* art. 9º). También estatuye la caducidad de la extradición cuando transcurran treinta días luego de ordenada ésta y el Estado requirente no recoge al reclamado (la formalización debe producirse acompañando copias autenticadas de la documentación correspondiente y en el plazo antes indicado, siempre que se conozca el paradero del reclamado) [250] (*vid.* art. 20º). Autoriza a revocar la extradición cuando medie error, el que se circunscribe, según VALLE RIESTRA, al *error in persona*, esto es, a la confusión respecto a la identidad real de la persona reclamada [251] (esta solicitud debe formularse antes que la extradición se haya efectuado, es decir, que haya sido entregada a la autoridad extranjera [252]) (*vid.* art. 10º.1). Sanciona la *cosa juzgada extradicional*, salvo cuando la denegación se debe a falta de requisitos formales o extrínsecos (*vid.* art. 11º).

3) El pedido de extradición del Estado requirente al Perú deberá basarse sobre la invocación de sentencia condenatoria o decisión de

---

[250] Ejecutoria suprema de 16 de abril de 1993 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 459-460).

[251] VALLE RIESTRA: *La extradición*, cit., p. 85.

[252] Ejecutoria suprema de 27 de abril de 1993 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 459).

prisión clara y cierta; el lugar y la fecha en que fue cometido el hecho punible, con los necesarios esclarecimientos; las informaciones sobre la filiación del extraditado y las señales o circunstancias que sirvan para su identificación. Se debe acompañar, en versión española y por vía diplomática, tanto copia de la sentencia condenatoria o de decisión de prisión expedida por juez competente, con la indicación del delito, la declaración de la citación del incriminado o de su contumacia, y el lugar y la fecha en que fue cometido, cuanto copia de los textos de la ley aplicable. También se debe adjuntar prueba del hecho y prueba de la participación del reclamado; requisito que, sin embargo, debe correlacionarse con las exigencias del Tratado, que prima sobre la ley, pues como ya se verá existen tratados que no exigen el principio de prueba para decidir la extradición de un refugiado en su país. De faltar estos requisitos se pedirá al Estado solicitante que la solicitud sea corregida o completada. Si esto no se produce y, más aún, el Estado requirente expresa que no piensa insistir en la extradición, ésta deviene inadmisible [253].

La exigencia de prueba permite ubicar la ley dentro del *sistema anglosajón* o *de "revisión"*, en cuya virtud corresponde al Estado requerido examinar si existe prueba suficiente que justifique la retención del extraditado para esperar el juicio, esto es, examinar si el extraditado debe soportar un juicio (se cuestiona la perseguibilidad, no la punibilidad), al punto que el extraditado puede acompañar prueba de inocencia y eximentes [254] (es impropio que el art. 32º de la Ley permita al extraditado acompañar prueba de atenuantes, dado que el juicio que debe realizarse en esta sede no es de culpabilidad sino de legitimidad del procesamiento). Este sistema es distinto al sistema eurocontinental de "control de regularidad de las formas o control limitado", circunscrito a verificar las condiciones extrínsecas de la solicitud de extradición, aunque atemperado, primero, por la noción de 'verosimilitud' de los hechos narrados y de error evidente" y, segundo, por la revisión de hechos, en tanto la comprobación del hecho o del derecho no implique ninguna dificultad y pueda revelar sin ninguna dificultad la falta de base fáctica de

[253] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1992 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 458).

[254] PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 231.

la extradición (así se aprobó en la Cuestión IV del X° Congreso de Derecho Penal de Friburgo y en el Congreso de Roma, de 1971) [255].

Es de destacar que la fuente de nuestra Ley de Extradición opta, sin duda alguna, por un sistema restringido en orden a los medios de prueba. Al respecto, señalan MOHEDANO y LILLO que "...en el procedimiento de extradición no se puede enjuiciar sobre el delito del que se acusa al reclamado, ni realizar el control jurisdiccional sobre la consistencia de las pruebas en que se apoya la acusación. Los únicos medios probatorios que se pueden traer al procedimiento extraditorio son los relativos a la constatación de la identidad del reclamado, los referidos a los hechos y fundamentos de derecho que sirvan de base a la demanda y los relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado o por la Ley. Estas pruebas tienen como finalidad aclarar y completar los documentos y los datos que figuran en el expediente..." [256].

4) El Estado requirente, en caso de urgencia, podrá solicitar la prisión preventiva del extraditado, mediante simple requisición con fundamento en una decisión de prisión, sentencia o fuga del extraditado, con la indicación del delito cometido (que es lo que se denomina "*pre-extradición*"). En este caso, dicho Estado se compromete a presentar el pedido formal de extradición dentro de treinta días de la fecha del recibo de la requisición, de lo contrario se concederá libertad incondicional al extraditado. La Corte Suprema ha establecido en la Ejecutoria de 25 de setiembre de 1998 que luego de la detención el pedido formal de extradición debe producirse en el plazo fijado en el art. 20° de la Ley, y si transcurre el mismo, es necesario que el mandato se renueve y, además, se cumpla con la audiencia pública prevista en el art. 35° [257]. Obviamente en cuanto al plazo debe estarse primeramente a lo dispuesto en el Tratado.

5) Producida la detención del extraditado (se entiende, una vez formalizada la demanda de extradición) y puesto a disposición del Juzgado Penal, se le tomará declaración con la asistencia de un abogado defen-

---

[255] PASTOR BORGOÑÓN: *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, cit., p. 234.

[256] MOHEDANO, José María y LILLO, Diego: *El procedimiento de extradición*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 15.

[257] .ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, p. 621.

sor (*vid.* art. 32º). Acto seguido, dentro de los quince días de la indagatoria, se citará a una audiencia pública a la que concurrirán el extraditado, su defensor, el Ministerio Público y el abogado acreditado por la Embajada del país reclamante. Las partes están autorizadas a presentar pruebas, alegatos e informar por medio de su Letrado (*vid.* art. 33º).

6) Realizada la audiencia, el Juez Penal dentro del tercer día emitirá informe opinando sobre la procedencia o improcedencia de la extradición y, fecho, lo elevará a la Corte Suprema (*vid.* art. 35º). Según lo dispuesto en el art. 34º.5 de la LOPJ, las extradiciones –tanto activas cuanto pasivas– son de conocimiento de las Salas Penales, ya no de la Sala Plena como disponía el art. 36º de la Ley. Previa a la resolución consultiva de la Sala Penal del Supremo Tribunal, dictamina el Fiscal Supremo en lo Penal (art. 82º.4, LOMP). Dictada la Resolución Judicial, se remitirá todo lo actuado al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia para que el Consejo de Ministros decida (*vid.* art. 36º). Es de destacar que si la resolución consultiva es por la improcedencia de la extradición, el Gobierno queda vinculado (*vid.* art. 36º *in fine*); lo cual nos afilia al denominado "*sistema de garantía judicial*", dado que para otorgar una mayor protección jurisdiccional a los derechos de los reclamados en extradición, "...establece un procedimiento judicial en el que los tribunales deciden si la solicitud reúne todos los requisitos contenidos en el Tratado para su concesión o no. Si el tribunal no acoge la petición recibida y niega la extradición, la decisión es definitiva y vincula al poder ejecutivo. Si, por el contrario, el tribunal emite una decisión favorable, el ejecutivo decide en última instancia si se efectúa o no la entrega del fugitivo al Estado requirente" [258]. Tal opción, como enfatiza QUINTERO OLIVARES, expresa el respeto al carácter jurídico de la extradición [259].

7) El Gobierno decide acerca de la extradición mediando Acuerdo del Consejo de Ministros, en cuya virtud expedirá la correspondiente Resolución Suprema a cargo del Sector Justicia. Si la Resolución Suprema es denegatoria debe ser comunicada a la INTERPOL (*vid.* art. 42º).

---

[258] SEBASTIÁN MONTESINOS, María Ángeles: *La extradición pasiva*, Comares, Granada, 1997, p. 104.

[259] QUINTERO OLIVARES *et al.*: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 190.

B.3.3. La extradición activa

Esta extradición (aquella que la contempla desde el punto de vista del Estado que solicita la entrega [260], esto es, cuando el Estado Peruano es el requirente), se encuentra regulada en los arts. 37º y 38º de la Ley Nº 24710. Procede contra reo ausente o contumaz, en cuya virtud el órgano jurisdiccional de instancia formará cuaderno con la denuncia, sus recaudos, las pruebas de cargo y descargo, el tratado y otros documentos solicitados por las partes, que elevará al Supremo Tribunal, cuya Sala Penal (según la modificación incorporada por el art. 34º.5 de la vigente LOJP), previa vista fiscal, de considerarla pertinente se dirigirá al Consejo de Ministros para que por la vía diplomática solicite la extradición (*vid.* art. 37º). El Gobierno puede acceder o no al pedido de extradición activa de la Corte Suprema (*vid.* art. 38º).

Estas normas han sido reglamentadas por el Decreto Supremo Nº 044-93-JUS, de 14 de diciembre de 1993. Es de destacar en este Reglamento, seis directivas precisas.

1) Las partes pueden solicitar la extradición del imputado.

2) Con tal finalidad se requiere no sólo auto de detención o sentencia condenatoria, sino informe de Interpol que señale que el imputado ha sido ubicado en un país determinado (no hace falta la detención efectiva).

3) El cuaderno que se formó, que contiene copias de las normas sustantivas del tipo penal materia de instrucción, de las referidas a la extinción de la acción penal y de la pena, del tratado de extradición suscrito por el Perú con el gobierno extranjero y de las pruebas incriminatorias [261] debe estar legalizado, el mismo que requiere dictamen fiscal y decisión de la Corte Suprema, previa vista de la causa, con lo que culmina la denominada "*fase judicial*".

4) Si la decisión es favorable a la extradición será remitido el cuaderno judicial al Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Justicia, con lo que se inicia la denominada "*fase gubernativa*".

---

[260] CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, T. I, p. 177.

[261] Ejecutoria suprema de 4 de mayo de 1993 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 453).

5) El cuaderno de extradición activa será estudiada por una Comisión formada por dos representantes del Ministerio de Justicia y dos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

6) En casos urgentes, y especialmente cuando haya peligro de fuga, el Juez o Tribunal podrá solicitar al Estado donde se encuentre el reclamado, dicte mandato de detención provisional con fines de ulterior e inmediata extradición. En este supuesto, como recuerda el Tribunal Constitucional, debe formularse la orden de *detención preventiva internacional* por el Juez de la causa y, luego, efectivizada que fuera, debe solicitarse la extradición en el plazo debido con la conformación de los recaudos correspondientes (STC, Asunto "Boris Foguel y Suengas", de 18 de enero de 2001) [262].

El citado Decreto Supremo fue complementado por el Decreto Supremo Nº 031-2001-JUS, de 28 de septiembre de 2001, que agregó tres Disposiciones Complementarias a la primera norma. En *primer lugar*, precisa que el trámite de extradición activa debe tomar en cuenta el plazo máximo que tiene el Estado peruano según lo dispuesto en el Tratado correspondiente, el principio de reciprocidad, las normas internas de los Estados requeridos y los usos internacionales. En *segundo lugar*, de esto último debe dar cumplida información el Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del que debe considerarse la traducción del cuaderno respectivo. En *tercer lugar*, la INTERPOL comunicará a las autoridades nacionales los resultados de todas las acciones que se les requiera, y tanto los magistrados como los demás funcionarios de los poderes y órganos del Estado involucrados pueden realizar las coordinaciones necesarias para concretar el objetivo de extradición propuesto.

C. Tratados multilaterales en materia de extradición

En este ámbito el Perú ha suscrito: **a)** el Tratado de Derecho Penal Internacional, celebrado en Montevideo el 23 de enero de 1889 y aprobado por Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1889. **b)** Acuerdo sobre Extradición, celebrado en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por Resolución Legislativa Nº 2154, de 22 de octubre de 1915. **c)** Convención sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en La

[262] Exp. Nº 567-2000-HC/TC (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nº 9, Trujillo, 2001, pp. 158-160).

Habana el 20 de febrero de 1928, aprobada por Resolución Legislativa Nº 6442, de 31 de diciembre de 1928. Por otro lado, nuestro país no ha ratificado la Convención de Extradición de Montevideo, que está integrada por 13 países americanos, ni la Convención Interamericana sobre Extradición, celebrada en Caracas el 25 de febrero de 1981.

Existen tratados específicos de ámbito multilateral en que el Perú es parte, cuyas normas autorizan a servir de base para solicitudes de extradición por los hechos, en rigor, crímenes internacionales, allí establecidos. Tres de los tratados son de ámbito mundial y los dos restantes, americanos. Son los siguientes: **a)** Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (aprobada por Resolución Legislativa Nº 15013, de 16 de abril de 1964), art. 36º.2.b), modificada por el Protocolo de Enmienda a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1972 (aprobado por Decreto Ley Nº 21881, de 12 de julio de 1997), art. 14º. **b)** Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, firmado en Viena el 20 de diciembre de 1988 (aprobado por Resolución Legislativa Nº 25352 de 26 de noviembre de 1991), art. 6º. **c)** Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (aprobada por Resolución Legislativa Nº 24815, de 12 de mayo de 1988), art. 8º. **d)** Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 (aprobado por Resolución Legislativa Nº 26757, de 13 de marzo de 1997), art. 13º. **e)** Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (aprobada por Resolución Legislativa Nº 24811, de 25 de mayo de 1988), art. 7º. Este último Tratado tiene una fórmula peculiar, dice: "Los Estados contratantes que no supediten la extradición al hecho de que exista un tratado con el Estado solicitante, consideran los delitos comprendidos en el art. 2º de esta Convención como delitos que dan lugar a extradición, de conformidad con las condiciones que establezcan las leyes del Estado requerido".

1) Del primer Tratado ("*Tratado de Derecho Penal Internacional*") son partes: Perú (aprobado por Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1889), Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay. Es de destacar, desde la perspectiva sustancial, que: **a)** en materia de jurisdicción rige el principio territorial, sin que la nacionalidad del delincuente impida la extradición; **b)** la prescripción se rige exclusivamente por la ley del país reclamante; **c)** los delitos extraditables son los sancionados con pena privativa

de libertad no menor de dos años (si se trata de reo sentenciado, la pena impuesta no debe ser menor a un año de privación de libertad); **d)** no dan mérito a extradición: los delitos de duelo, adulterio, injuria, calumnia, contra el culto, políticos, y contra la seguridad interna o externa y los conexos a ellos; **e)** los extraditados no pueden ser juzgados por delitos políticos anteriores a la extradición, ni por actos conexos con ellos, pero podrán ser juzgados y penados, previo consentimiento del Estado requerido, los delitos extraditables que no hubiesen dado causa a la ya concedida (incorporación expresa del principio de especialidad); **f)** el Estado que otorga la extradición puede exigir que si el delito está sancionado con la pena de muerte, se sustituya por la pena inferior inmediata.

En cuanto al procedimiento de extradición, es de precisar que: **a)** el pedido de extradición debe ser introducido por los Agentes Diplomáticos o Consulares o, en su defecto, de gobierno a gobierno, acompañando copia de la ley aplicable, del auto de detención, de documentos que según su legislación autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo y de la sentencia si se trata de condenado, lo cual importa la exigencia de prueba justificatoria del procesamiento penal, tal como ha sido interpretado por la Corte Suprema en Ejecutoria de octubre de 1927 [263]. **b)** Si el pedido presenta defectos de forma será devuelto al Gobierno que lo formuló, el cual puede reiterar la solicitud previa subsanación; de no ser así, el Gobierno del Estado requirente enviará las actuaciones al órgano judicial competente, el cual, si considera *prima facie* procedente el pedido, ordenará la prisión del extraditado y el secuestro de los objetos relacionados con el delito. **c)** El Juez debe notificar el admisorio al extraditado en el término de veinticuatro horas y que puede oponerse a la extradición, alegando: ***i.*** Que no es la persona reclamada; ***ii.*** Que el pedido presenta defectos de forma; y, ***iii.*** Que el pedido es improcedente, en cuyo caso se abrirá el incidente a prueba según la ley interna. **d)** Culminada la eventual etapa probatoria, debe ser fallado en el término de diez días (en el Tratado se hace mención a una apelación, lo que implica la constitución de un procedimiento de extradición en dos instancias). **e)** Si la sentencia fuese favorable al pedido, se hará saber al Poder Ejecutivo; si es contraria, previamente, dispondrá la inmediata libertad del reo. **f)** En caso de urgencia, se podrá solicitar proceder

[263] *Revista de Foro*, Año XIV, octubre-diciembre, Lima, 1927, pp. 426-427.

administrativamente al arresto provisorio del extraditado y asegurar los objetos relacionados con el delito, accediéndose al pedido siempre que se invoque una sentencia u orden de prisión y se determine con claridad la naturaleza del delito castigado o perseguido; el plazo para presentar la solicitud de extradición es de 10 días desde la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio.

2) Del segundo tratado (*Acuerdo sobre Extradición*) son partes: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú (aprobado por Resolución Legislativa Nº 2154, de 22 de octubre de 1915) y Venezuela. Desde el punto de vista material o sustantivo, es de enfatizar: **a)** Que la extradición está condicionada a que se cometa el delito dentro de la jurisdicción del Estado requirente y que sea punible en el Estado requerido. **b)** Que se opta por un sistema de enumeración expresa de delitos extraditables (*numerus clausus*), aunque se limita su procedencia en supuestos tales como cuando la penalidad del delito, en uno u otro Estado, no exceda, en su extremo máximo, de seis meses de privación de libertad; si la acción penal, según las leyes del Estado requerido ha prescrito; si ha operado el *ne bis in idem*; y, si el delito es considerado político o conexo con él, pero se excluye expresamente de esta prohibición el atentado contra la vida de la persona de un Jefe de Estado. **c)** Que sólo se ejecutará la pena de muerte cuando esté prevista en la legislación de ambos países.

Procesalmente es de resaltar: **a)** Que para que se efectúe la extradición es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarían su detención o sometimiento a juicio, si la comisión del delito se hubiese verificado en él [264]. **b)** Que a la solicitud de extradición, que debe hacerse por la vía diplomática, se acompañe la sentencia condenatoria o el auto de detención, con la designación exacta del delito, así como las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto. **c)** Que el extraditado no puede ser juzgado por un delito distinto del mencionado en la solicitud de extradición. **d)** Que es posi-

[264] La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 26 de diciembre de 1997, ha establecido que, en efecto, la extradición es improcedente si no se acompaña a la demanda de extradición los actuados sustentatorios del hecho incriminado ni las pruebas de la participación del reclamado (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 618-619). En una Ejecutoria anterior, hizo lo propio: *Revista de Foro*, Año XIV, octubre-diciembre, Lima, 1927, p. 426.

ble efectuar la detención provisional del prófugo por razones de urgencia, la cual cesará si dentro del término de la distancia no se formaliza la solicitud de extradición. Es de precisar que en el Acuerdo entre Perú y Colombia de 24 de febrero de 1998, ratificado por Decreto Supremo Nº 027-98-RE, de 4 de octubre de 1998, se establece que el término de la distancia del citado Acuerdo Bolivariano de 1911 será como máximo 90 días calendarios; el mismo que sólo rige para ambos países, no para los demás integrantes del Tratado, ante cuya ausencia debe aplicarse el art. 20º de la Ley Nº 24710, que fija el plazo en 30 días desde la fecha de recibo de la requisición.

3) Del tercer tratado ("*Código de Bustamante*") son partes Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú (aprobado por Resolución Legislativa Nº 6462 de 31 de diciembre de 1928), República Dominicana y Venezuela. Sus características más importantes son:

a) No permite la extradición de nacionales, aunque incorpora el principio *aud dedere aud punire*. **b)** El delito debe haberse cometido en el territorio del Estado requirente o deben aplicársele sus leyes penales de acuerdo al propio Tratado. **c)** Es necesario que el hecho que motive la extradición sea delito en el Estado requirente y en el Estado requerido. **d)** La pena asignada al delito no debe ser menor de un año de privación de libertad, y la prisión o detención preventiva del procesado debe estar autorizada o acordada. **e)** El delito no debe ser político o conexo con él, según la calificación del Estado requerido, calificación de la que está excluido el homicidio o asesinato del Jefe de un Estado o cualquier persona que en él ejerza autoridad. **f)** La acción penal o la pena no debe estar prescrita conforme a las leyes del Estado requerido o del Estado requeriente. **g)** No procede la extradición cuando ha operado la cosa juzgada por el mismo delito objeto de la solicitud. **h)** La solicitud de extradición deben hacerla funcionarios autorizados del Estado requirente, y debe contener sentencia condenatoria o auto de prisión acompañado de las actuaciones del proceso que suministren prueba, o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona de que se trata, la filiación del reclamado y copia de las disposiciones legales vinculadas al caso. **i)** Efectuado el arresto provisional, el detenido será puesto en libertad si no se presenta solicitud formal en un plazo razonable. **j)** El extraditado no podrá ser juzgado por delito distinto del reclamado

D. Tratados bilaterales en materia de extradición

El Perú tiene celebrados 10 tratados bilaterales de extradición. Se trata de las siguientes: **a)** Convención sobre Extradición y Declaración con el Reino Unido de Bélgica de 23 de noviembre de 1888, y de 18 de enero de 1889 y 21 de enero de 1889, y su Protocolo Adicional de 24 de agosto de 1890, aprobados por Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1890; ampliado por Cambio de Notas de 7 de mayo de 1958 y 2 de julio de 1958, aprobado por Resolución Legislativa Nº 13465, de 19 de noviembre de 1960. **b)** Tratado de Extradición de Criminales con Brasil de 13 de febrero de 1919, aprobado por Resolución Legislativa Nº 4462, de 7 de enero de 1922. **c)** Tratado de Extradición con Chile de 5 de noviembre de 1932, aprobado por Resolución Legislativa Nº 8374, de 16 de junio de 1936. **d)** Tratado de Extradición con España de 28 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa Nº 25347, de 2 de noviembre de 1991. **e)** Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América de 28 de noviembre de 1889, aprobado por Resolución Legislativa de 11 de diciembre de 1899, y Acuerdo sobre extradición con los Estados Unidos de América por Cambio de Notas de 15 de febrero de 1990, ratificado por Decreto Supremo Nº 012-96-RE, de 19 de abril de 1996. **f)** Tratado de Extradición con Francia de 30 de setiembre de 1874, aprobado por Resolución Legislativa de 8 de junio de 1885. **g)** Tratado de extradición con el Reino Unido de la Gran Bretaña de 26 de enero de 1904, aprobado por Resolución Legislativa Nº 226, de 29 de setiembre de 1906 (extendido por diversas notas diplomáticas a 'Diversos territorios bajo mandato británico, 1904', Kenya, Malawi, Fiji, Las Bahamas, Zanzíbar, Islas Británicas de Salomón); este Tratado se extiende a Canadá, según Nota Nº JLA-1724, de 20 de octubre de 1993, enviada por ese País al Perú. **h)** Tratado de extradición con Italia de 24 de noviembre de 1994, aprobado por Resolución Legislativa Nº 26759, de 14 de marzo de 1997 (está en curso la aprobación del Protocolo Modificatorio del art. 6º del mencionado Tratado, remitido por Resolución Suprema Nº 513-99-RE, de 19 de noviembre de 1999). **i)** Tratado de extradición con los Estados Unidos Mexicanos de 2 de mayo de 2000, aprobado por Resolución Legislativa Nº 27428, de 23 de febrero de 2001. **j)** Tratado de extradición con el Ecuador de 4 de abril de 2001, aprobado por Resolución Legislativa Nº 27582, de 6 de diciembre de 2001.

En lo que se refiere al procedimiento de extradición es de resaltar algunos puntos especialmente importantes. En el Tratado con el Reino

Unido se señala expresamente, primero, que a la demanda de extradición se acompañará las pruebas que, según las leyes del país donde se encuentre el acusado, justifican su aprehensión, si el crimen hubiera sido cometido allí; y, segundo, que la aprehensión del extraditado sólo procederá si la demanda está de acuerdo a las previsiones arriba indicadas, aunque procede –en casos de urgencia– pedir la detención provisional del delincuente y el embargo de sus bienes (arts. 7º y 10º). Similares disposiciones contiene el Tratado con Estados Unidos (arts. 1º y 7º). Asimismo, con ambos países emblemáticos del sistema anglosajón, se sigue el sistema del *numerus clausus* para señalar los delitos extraditables (art. 2º de ambos Tratados, aunque en el caso de Gran Bretaña se asume un sistema mixto, pues el inc. 21 indica que también "se concederá la extradición por otros crímenes o delitos contra personas o cosas y que, según las leyes de las altas partes contratantes, son considerados entre los delitos que merecen extradición y acreedores al castigo de un año de prisión, cuando menos"). En el caso de los Estados Unidos de América se sanciona expresamente que si el individuo reclamado está procesado o sufriendo prisión en el Estado requerido, su extradición podrá ser retardada hasta que culmine el procedimiento o se ejecute la pena (art. VI), situación que ha sostenido nuestra Corte Suprema en Ejecutoria de 15 de agosto de 1996 invocando al efecto el art. 9º de la Ley Nº 24710 [265].

En cambio, el Tratado con el Brasil sólo exige que la República requirente presente documentos que, según sus leyes, prueben la prisión preventiva ordenada por juez competente antes o después de la formación de causa y el enjuiciamiento del reo, o documentos que acrediten la sentencia condenatoria pronunciada por tribunal competente (la norma, art. 1º.2, se refiere al documento o resolución respectiva, no a las evidencias que sirvieron de base para esa resolución). Este es el mismo modelo seguido en el Tratado con Francia, cuyo art. 3º sólo exige que la demanda esté acompañada de sentencia condenatoria u orden de arresto expedida de conformidad con la legislación del país requirente en que se indique la naturaleza y la gravedad de los hechos imputados.

El Tratado con Brasil sigue un sistema amplio de delitos extraditables: que según la ley del país requerido el delito esté penado con un año o más de prisión (art. 2º); no así el de Francia, que opta por el modelo de

[265] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, p. 620.

numerus clausus (art. 2º), aunque limitándolo a que el hecho imputado sea penado, al menos, con un año de prisión.

El Tratado con Bélgica sigue el modelo francés: listado estricto de delitos, sin el límite de la pena de un año de prisión, con inclusión de la regla de la doble incriminación y no exigencia de prueba justificatoria del procesamiento condena.

El Tratado con Chile adopta una posición genérica, en cuya virtud, el esencial tema de la prueba queda librado a lo indicado en la legislación interna. El art. XII estatuye: "La demanda de extradición, en cuanto a sus trámites, a la apreciación de la legitimidad de su procedencia y a la admisión y calificación de las excepciones con que pudiese ser impugnada por parte del reo o prófugo reclamado, quedará sujeta, en cuanto no se oponga a lo prescrito en este Tratado, a las leyes respectivas del país de refugio". El sistema de delitos extraditables es el genérico y está en función a que la pena, según el país requerido, sea de un año o más de prisión (art. 2º).

El último Tratado que el Perú ha suscrito y está vigente es con España. Opta por el sistema de sanciones para determinar los delitos extraditables: son los que tienen conminada pena privativa de libertad o medida privativa de libertad no inferior a un año; en caso de sentencia, la pena no debe ser inferior a seis meses (art. 2º). Precisa además, que están incluidos en el Tratado los delitos comprendidos en los Convenios Multilaterales en los que ambos países sean parte, así como los delitos fiscales (que, por lo demás, no se encuentran expresamente excluidos en ninguno de los tratados suscritos por el Perú).

Por otro lado, se excluyen los delitos exclusivamente militares (art. 6º). También se excluye de la extradición a los nacionales (que es el caso de los tratados con Bélgica, art. 6º; Estados Unidos, art. 3º; Francia, art. 1º; y, Gran Bretaña, art. 3º; así como del Código de Bustamante, art. 345º [266]). No procede la extradición, igualmente, cuando el extraditado será juzgado por un tribunal de excepción o "*ad hoc*" (art. 9º); tampoco

[266] Llama la atención que en los Tratados suscritos con Chile (art. 1) y Brasil (art. 1º), así como en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (art. 1º), expresamente se señala que para la extradición no interesa la nacionalidad del delincuente.

procede la extradición por delitos que estén sancionados con pena de muerte, con pena privativa de libertad a perpetuidad o con penas que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes (art. 10º). La solicitud de extradición se acompañará, cuando no exista sentencia, con copia o trascripción de los indicios probatorios en que se fundamenta el auto de procesamiento, prisión o resolución análoga (art. 15º.1.b). Respecto a este último punto, es de tener en cuenta que la legislación y la jurisprudencia española han precisado que la naturaleza de la extradición está limitada "a la de ser un simple acto de auxilio judicial internacional, y que sólo tiene por misión la comprobación de las condiciones específicamente recogidas en las leyes y convenios que la regulan", por lo que se han "excluido de su contexto derechos tan elementales como pueden ser la presunción de inocencia [...] o la interdicción del *bis in idem*" [267] (STC de 20 de mayo de 1997); y, que nuestra legislación, por el contrario, se sustenta en el criterio anglosajón de la *prima facie evidence*: indicios que determinen la posible implicación de reclamados junto con los documentos de la solicitud, o sea de la información que justificaría la sumisión a juicio del reclamado, si el delito se hubiera cometido en el país requerido [268]. Esto último, por ejemplo, es el caso del Tratado con México (art. VIII.1.'e').

Cabe insistir, respecto del tema de la prueba, que en el Tratado de Derecho Penal de Montevideo se exige que "la Nación reclamante presente documentos, que según sus leyes autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo" (art. 19º.3); que en el Acuerdo de Caracas se indica que: "[...] Para que la extradición se efectúe, es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarían su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiese verificado en él" (art. 1º); que en el Código de Bustamante se prescribe que "Con la solicitud definitiva de extradición deben presentarse: 1. Sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza [...] acompañado de las actuaciones del proceso que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la

---

[267] FERRÉ OLIVÉ: *Crimen internacional y jurisdicción internacional*, cit., p. 189.

[268] GARCÍA BARROSO, Casimiro: *Procedimiento de extradición*, Colex, Madrid, 1996, T. II, pp. 96-97.

culpabilidad de la persona de que se trate." (art. 365º). *Ello revela que en nuestro derecho extradicional la exigencia de prueba es la nota característica, a diferencia del modelo eurocontinental.*

Se trata, al decir de MANZINI, de un juicio de mera probabilidad, no de certeza, pues la extradición es un acto de asistencia represiva jurisdiccionalmente garantizado, y no una decisión sobre el mérito de la acción penal. Dichos indicios deben controlarse mediante los resultados del interrogatorio del individuo requerido, llevado a cabo en la instructiva. La extradición, añade MANZINI, sólo debe negarse cuando se excluyan los indicios de culpabilidad por defecto de los elementos producidos o a consecuencia del examen realizado; no cuando resulten simplemente débiles, tal como ha sido establecido por la Corte de Casación en sentencia de 29 de setiembre de 1909 [269].

El Tratado suscrito con Italia, por el contrario, y al igual que el Tratado suscrito con Ecuador, opta por el sistema eurocontinental de no exigir prueba del delito imputado ni de la vinculación del extraditado con el mismo (art. 9º). Asimismo, expresamente se asumen los principios de especialidad (art. 8º), doble incriminación (art. 3º.1) y de exclusión de extradición de nacionales (art. 5º.a) y de delitos políticos y exclusivamente militares (art. 4º). En dicho Tratado se sigue, para determinar los delitos extraditables, el sistema de pena conminada: pena privativa de libertad cuya duración mínima sea menor de un año (art. 3º.2).

3. LAS DEMÁS MODALIDADES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

A. Los tratados de cooperación judicial

El ámbito que asume, hoy en día, la cooperación judicial internacional es, por cierto mucho más amplio que la mera extradición. Comprende además: 1) el traslado de personas condenadas; 2) el auxilio o asistencia judicial internacional en materia penal; 3) la transmisión de la ejecución de sentencias penales, que incluye la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional; 4) la transmisión de procesos penales y denuncias para la instrucción de un proceso; y, 5) la entrega vigilada. Nuestro país, sin embargo, sólo tiene celebrados Tratados bila-

[269] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 194.

terales sobre transferencia de personas sentenciadas (transmisión de la ejecución de sentencias penales) y Convenciones y Tratados sobre Asistencia Judicial en materia penal, tanto multilaterales en el ámbito americano, cuanto bilaterales.

En materia de *transferencia de personas condenadas*, los tratados o convenios bilaterales son los siguientes: **1)** Con Estados Unidos, de 6 de julio de 1979 (aprobado por Decreto Ley Nº 23124, de 9 de julio de 1980); **2)** Con Canadá, de 22 de abril de 1980 (aprobado por Decreto Ley Nº 23125, de 23 de julio de 1980); **3)** Con España, de 25 de febrero de 1986 (aprobado por Resolución Suprema Nº 0546, de 31 de octubre de 1986); **4)** Con Italia, de 24 de noviembre de 1994 (ratificado por Decreto Supremo Nº 047-96-RE, de 10 de diciembre de 1996); **5)** Con Venezuela, de 12 de enero de 1996 (ratificado por Decreto Supremo Nº 009-97-RE, de 11 de marzo de 1997); **6)** Con Bolivia, de 27 de julio de 1996 (ratificado por Decreto Supremo Nº 035-96-RE, de 27 de agosto de 1997); **7)** con Argentina, de 12 de agosto de 1998 (ratificado por Decreto Supremo Nº 020-99-RE, de 1 de mayo de 1999); y, **8)** con Ecuador, de 11 de agosto de 1999 (ratificado por Decreto Supremo Nº 070-99-RE, de 9 de diciembre de 1999). **9)** Mediante Decreto Supremo Nº 34-2002.RE, de 4 de abril de 2002, se ratificó el Convenio con Cuba sobre ejecución de sentencias penales.

En lo atinente a la *asistencia judicial en materia penal*, los Tratados o Convenios bilaterales son: **1)** con El Salvador, de 13 de junio de 1996 (ratificado por Decreto Supremo Nº 029-96-RE, de 26 de julio de 1996); **2)** con Colombia, de 12 de julio de 1994 (aprobado por Decreto Supremo Nº 24-94-RE, de 2 de agosto de 1994); **3)** con Bolivia, de 27 de julio de 1996 (no está en vigencia al no haberse producido el canje de instrumentos de ratificación); **4)** con Paraguay, de 7 de agosto de 1996 (ratificado por Decreto Supremo Nº 039-96-RE, de 2 de octubre de 1996); **5)** con Italia, de 24 de noviembre de 1994 (ratificado por Decreto Supremo Nº 048-96-RE, de 11 de diciembre de 1996); **6)** con Suiza, de 21 de abril de 1997 (ratificado por Decreto Supremo Nº 025-97-RE, de 26 de junio de 1997); **7)** con Guatemala, de 16 de abril de 1998 (ratificado por Decreto Supremo Nº 041-99-RE, de 15 de julio de 1999); **8)** con Cuba, de 15 de febrero de 1999 (ratificado por Decreto Supremo Nº 042-99-RE, de 18 de julio de 1999): **9)** con Brasil, de 21 de julio de 1999 (ratificado por Decreto Supremo Nº 058-99-RE, de 3 de noviembre de 1999); **10)** con Canadá, de 27 de octubre de 1998 (ratificado por Decreto Su-

premo Nº 059-99-RE, de 11 de noviembre de 1999); 11) con Ecuador, de 26 de octubre de 1999 (ratificado por Decreto Supremo Nº 069-99-RE, de 6 de diciembre de 1999); 12) con Argentina (ratificado por Decreto Supremo Nº 21-99-RE, de 2 de junio de 1999; 13) con México (ratificado por Decreto Supremo Nº 31-200-RE, de 16 de octubre de 2000; y, 14) con España (ratificado por Decreto Supremo Nº 25-2001-RE, de 21 de marzo de 2001. En el ámbito americano existe un Tratado multilateral, denominado "Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal", celebrada en Nassau el 23 de mayo de 1992, aprobado por Decreto Supremo Nº 06-95-RE, de 10 de enero de 1995.

B. La transferencia de personas condenadas

Mediante esta institución un extranjero condenado en un Estado del que no es nacional, puede solicitar su condena en el Estado del cual es nacional o en algún Estado con el que presenta vínculos estrechos. Se trata, al decir de DE MIGUEL ZARAGOZA, de un derecho a solicitar el traslado, no de un derecho subjetivo al traslado, siendo esencial al efecto el consentimiento del condenado, y no siendo posible un traslado forzoso [270].

La transferencia de condenados responde a una múltiple causalidad. Apunta al respecto MANZANARES SAMANIEGO que, en primer lugar, de hecho el penado extranjero sufre una agravación de su condena porque las barreras idiomáticas, la diferente mentalidad y cultura, la lejanía de los familiares, incluso la diversidad de religión, aumentan su aislamiento del mundo exterior y empeoran su situación dentro del establecimiento. En segundo lugar, desde las perspectivas de los intereses del Estado de condena, se orienta al abandono del territorio nacional por parte del penado, siempre que no se traduzca en su impunidad; en tercer lugar, el Estado de origen une a ese deseo del regreso de sus nacionales el interés consistente en alcanzar la pretendida resocialización [271].

Desde el derecho interno, esta institución está contemplada en el art. VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, modifica-

---

[270] DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial.), Madrid, 1995, p. 34.

[271] MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas", en: AA.VV.: *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1988, T. VIII, Volumen 2º, p. 754.

do por la Ley Nº 26861, de 3 de octubre de 1997. Según dicha norma la transferencia de condenados se rige por los Tratados o Convenciones sobre la materia y el principio de reciprocidad por razones humanitarias y leyes respectivas. Empero, la modificación incluyó, primero, una prohibición en orden a determinados delitos graves; y, segundo, la competencia definitiva del Poder Ejecutivo, a través de una Resolución Suprema, para autorizarla (esta norma no incluye, como debería, la preceptiva intervención del Poder Judicial, lo que por lo demás debe estar librado, al igual que los procedimientos internos, a una Ley de Cooperación Judicial Internacional). Las prohibiciones, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados, se refieren a los delitos de terrorismo, atentado contra la seguridad nacional, y tráfico ilícito de drogas, en la modalidad hiper agravada de ser cabecilla o dirigente de una organización destinada al tráfico ilícito de drogas.

Los Tratados de "primera generación", es decir, los primeros, de 1979, celebrados con países del sistema jurídico anglosajón: Estados Unidos y Canadá, tienen las siguientes notas características: 1) Constituye presupuesto de su aplicación la aceptación del penado, que deberá confirmar el Estado receptor. 2) Requisito básico es la doble incriminación, con la precisión de que "[...] esta condición no será interpretada en el sentido de requerir que los delitos tipificados en las leyes de ambos Estados sean idénticos en aquellos aspectos que no afectan a la índole del delito". 3) Se requiere, asimismo, que el reo sea ciudadano del Estado receptor, que no esté condenado a pena de muerte, salvo que haya sido conmutada, que no sea un delito militar, que la pena sea firme, que haga falta cumplirse en el momento de la solicitud por lo menos seis meses, y que las disposiciones del fallo (penas accesorias y patrimoniales, así como la reparación civil) hayan sido satisfechas. 4) El Estado receptor tiene absoluta discreción para rechazar el traslado, sin expresión de causa. 5) Si el Estado trasladante considera procedente la solicitud de traslado se comunicará la resolución al Estado Receptor para que, cumplidas las formalidades internas, se efectúe la entrega del reo. 6) Tanto el Estado trasladante, cuanto el Estado receptor, deben tomar en cuenta para su decisión, el propósito de la institución: rehabilitación social del reo, así como los siguientes factores: gravedad del delito, antecedentes penales, condiciones de salud y vínculos del reo con ambos Estados. 7) El reo entregado no podrá ser juzgado por el delito que motivó la condena objeto de transferencia. 8) El cumplimiento de la condena se sujeta a las leyes y procedimiento del Estado receptor, inclu-

so la aplicación de toda disposición relativa a la reducción de la pena, mientras que el Estado trasladante sólo tiene derecho a recibir información sobre el cumplimiento de condena, además de conservar jurisdicción exclusiva en orden a la revisión del fallo.

Los Tratados de "segunda generación", dictados al amparo del modelo europeo "Convenio sobre traslado de personas condenadas" de 21 de marzo de 1983, con España, Italia, Venezuela, Bolivia, Argentina y Ecuador, tienen las siguientes notas propias, sin perjuicio de reproducir las aludidas en los Tratados anteriores: 1) Se refieren no sólo a las penas privativas de libertad impuestas a los adultos, sino también a las medidas de seguridad privativas de libertad y a las medidas impuestas a los menores bajo tratamiento especial. 2) El traslado del reo puede ser rechazado si éste no ha cumplido o garantizado el pago, a satisfacción del Estado trasladante, de las multas, costas y costos, reparación civil y condenas pecuniarias. 3) El Estado receptor puede solicitar al Estado Trasladante la concesión de indulto, amnistía o clemencia al reo, facultad que retiene con exclusividad el Estado Trasladante (salvo en el caso de Bolivia, Argentina y Ecuador). 4) Las normas del régimen penitenciario aplicables al reo trasladado son las Estado receptor, pero en ningún caso puede modificarse por su naturaleza o por su duración la pena privativa de libertad pronunciada por el Estado Trasladante.

Es de destacar que en los Tratados celebrados por el Perú no se acepta la conversión de la condena por el Estado receptor o de cumplimiento (art. 11º del Convenio Europeo). Las sanciones impuestas en el Estado trasladante deben proseguir ejecutándose en el Estado receptor, que queda vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción, tal como resulten de la condena impuesta. El art. 10º del Convenio permite, en caso que la naturaleza o la duración de la sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado receptor o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, se podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza, respetándose la configuración de la sanción, que no podrá ser más grave por su naturaleza o por su duración a la impuesta por el Estado trasladante.

El traslado de personas condenadas, sin embargo, es un mecanismo de cooperación limitado en sus alcances, pues sólo alcanza a las personas que están cumpliendo pena o medida privativa de la libertad efectiva y, como tal, se encuentran en un establecimiento penal sufriendo

privación de libertad. Actualmente, en Europa se ha dado un paso más en materia de sentencias penales, al firmarse en Bruselas con fecha 13 de noviembre de 1991 un *Convenio sobre ejecución de las condenas penales extranjeras*, que constituye el desarrollo de los Convenios del Consejo de Europa sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales, celebrado en La Haya el 28 de mayo de 1970, y sobre el Traslado de Personas Condenadas, celebrado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, al que ya hemos hecho referencia líneas arriba.

El Convenio en referencia importa que un Estado, denominado "Estado de condena", transmite la ejecución de una condena de pena privativa de libertad o pecuniaria a otro Estado, denominado "Estado de ejecución". Constituyen *presupuestos* necesarios para solicitar la transmisión de la ejecución de condena de pena privativa de libertad los siguientes: **a)** que el condenado se encuentre en el territorio del Estado de ejecución y sea nacional del mismo o resida habitualmente en su territorio; **b)** que el condenado se encuentre en el territorio del Estado de ejecución y se haya denegado su extradición, o que en caso de ser solicitada ésta sería denegada, o que ésta no fuera posible; o, **c)** que el condenado se encuentre en el territorio del Estado de ejecución en el que cumple o debe cumplir pena privativa de libertad. En el caso de pena pecuniaria, los presupuestos son: **a)** que la persona condenada sea una persona física que resida habitualmente en el territorio del Estado de ejecución o que disponga de bienes realizables o de rentas en dicho Estado; o **b)** que la persona condenada sea una persona jurídica cuyo domicilio social se encuentre en el territorio del Estado de ejecución, o que disponga de bienes realizables o de medios financieros en dicho Estado.

La transmisión de la ejecución está sometida a los siguientes *requisitos*: **a)** que la sentencia sea firme; **b)** que conforme al derecho del Estado de ejecución, los hechos constituyan infracción penal; **c)** que la sanción penal no haya prescrito; **d)** que no exista sentencia firme en el Estado de ejecución recaída sobre los mismos hechos; y, **e)** que, en caso de existir sentencia firme en un Estado tercero que recaiga sobre la persona condenada por esos mismos hechos, la transmisión de la ejecución no resulte contraria al principio *ne bis in idem*.

Esta nueva modalidad de cooperación alcanza otras formas de transmisión de ejecución de penas. Con ella se amplían las posibilidades de hacer efectivas las condenas penales, pues no sólo se circunscribe a penas privativas efectivas de la libertad, en las que la persona condenada se

encuentre internada en un establecimiento penal, sino abarca supuestos distintos, como el caso de penas pecuniarias (el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales, celebrado en la Haya el 28 de mayo de 1970, también comprende a las penas de inhabilitación) y de penas privativas de la libertad en las que el reo no esté a disposición del Estado de Condena y se encuentre en el Estado de Ejecución. En este último supuesto la transferencia también tendrá operatividad cuando no sea posible, en razón a las limitaciones de los Convenios de Extradición, lograr que el reo sea entregado al país reclamante por el Estado de refugio.

Otra modalidad, aunque menor, es la "vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional", cuya aceptación por el Estado requerido está sujeta a la existencia de un Tratado, a las posibilidades que tiene de ejercer la vigilancia solicitada en su territorio, al principio de doble incriminación y a la no prescripción de la ejecución de la pena. En virtud de esta institución el país requerido puede aceptar la vigilancia en su territorio de aquellas personas que en un Estado extranjero hayan sido: **a)** objeto de una decisión judicial de culpabilidad, acompañada de la suspensión provisional del pronunciamiento de la pena (el Código Penal rotula esta institución bajo el *nomen juris* de *reserva del fallo condenatorio*, art. 62º); o, **b)** condenadas a una pena privativa de la libertad suspendida, sea en el momento de la sentencia, sea posteriormente (*vid.* art. 57º CP).

C. La asistencia judicial internacional

La asistencia judicial es un mecanismo de cooperación internacional en virtud del cual un tribunal, a solicitud de otro que le envía una carta rogatoria, lleva a cabo en su ámbito territorial diligencias judiciales. Este instituto se funda, sostiene MANZINI, en el principio de mutua asistencia entre los Estados civilizados para la actuación de la función jurisdiccional penal [272].

El ámbito de la asistencia judicial o comisión rogatoria está constituido, al decir de DE MIGUEL ZARAGOZA, por tres tipos de actos de cooperación: el primero, la realización de notificaciones de actos procesales y de emplazamientos o citaciones para testigos y peritos; el segundo, la práctica de cualquier medida de instrucción; y, el tercero, la

[272] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 217.

notificación de antecedentes penales, bien en un caso dado y a petición judicial, bien mediante remesas anuales a los Registros Centrales de cada Estado de las condenas impuestas a sus nacionales en un Estado Parte [273]. Es de entender que la ejecución material de actos de instrucción será posible siempre que sea factible en el país requerido. la que se llevará a cabo respetándose todas las reglas del orden jurídico del país donde deba ser cumplimentada [274].

El art. 168º de la LOPJ permite a los jueces nacionales comisionar a un Juez Extranjero la práctica de una concreta diligencia judicial. Para este efecto, señala la norma, se envía un exhorto legalizado, utilizando el conducto establecido en el Tratado, y a falta de éste a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal. Estas previsiones legales significan, en primer lugar, que no será necesario para cooperar la existencia de un Tratado; y, en segundo lugar, que nuestra ley no prevé de modo expreso los mecanismos procesales para decidir en nuestro país la asistencia judicial solicitada por un Estado extranjero, esto es, sólo contempla las *rogatorias activas*, mas no las pasivas, que son los requerimientos que la autoridad judicial extranjera, en su propio interés procesal dirige a la autoridad nacional para la ejecución de actos de instrucción penal [275].

En esta perspectiva se discute si los actos realizados en el extranjero por autoridades extranjeras tienen el carácter de prueba en el país requirente. En nuestra opinión, esos actos (testificales, pericias, registros, etc.) tienen valor procesal, pues de otra forma no tendría sentido solicitarlos y obtenerlos, con todo lo que ello implica en tiempo y costos. Al respecto la Casación italiana, mediante sentencia de 25 de noviembre de 1938, señaló que los actos ejecutados por la autoridad extranjera son procesalmente válidos como si hubieran sido ejecutados en Italia, si han sido cumplidos regularmente según las formas prescritas en el lugar de donde provienen, lo que se presume hasta prueba en contrario [276]. La Casación española nos dice que en estos casos sí tienen valor de prueba,

---

[273] DE MIGUEL ZARAGOZA: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", cit., p. 32.

[274] GARCÍA BARROSO: *Procedimiento de extradición*, cit., T. II, p. 49.

[275] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 224.

[276] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 223.

en tanto que el Convenio Europeo respectivo establece que a la práctica de una diligencia solicitada en el extranjero podrá concurrir la parte que lo solicite expresamente, siendo la autoridad requerida la que fijará el momento de realización de la comisión rogatoria, a la que califica de una diligencia sumarial preconstituida que es apta para formar la convicción judicial de condena; también ha precisado que las partes pueden incorporar preguntas y aspectos que desean sean esclarecidos por la autoridad extranjera, en cuyo caso la diligencia realizada tiene pleno valor [277].

La Convención Interamericana comprende la asistencia mutua, en el ámbito de los países de la OEA, en procesos penales por delitos de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia (art. 2º). Ello importa la presentación formal de una solicitud de cooperación de las autoridades de investigación o de enjuiciamiento del Estado requirente, que sin embargo no le otorga la potestad de ejercer jurisdicción ni funciones reservadas al Estado requerido por su legislación interna (art. 4º).

Un detalle singular de esta institución, a diferencia de la extradición y del traslado de condenados, es que no requiere se cumpla el principio de doble incriminación. Facultativamente, el Estado requerido podrá negar la solicitud si la solicitud de cooperación afecta derechos fundamentales radicados en el derecho de propiedad, libertad domiciliaria e intimidad personal: embargo, secuestro de bienes, incautaciones, registros domiciliarios y allanamientos (art. 5º).

Los actos de cooperación son los siguientes: **1)** notificación de resoluciones y sentencia, así como de testigos y peritos para que rindan testimonio; **2)** recepción de testimonios y declaraciones de personas; **3)** práctica de embargo, secuestros de bienes, inmovilización de activos e incautación; **4)** inspecciones, examen de lugares y cosas; **5)** exhibición de documentos judiciales, remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba; y, **6)** traslado de personas detenidas para que presten declaración (art. 7º).

El Estado requerido, de modo general, podrá denegar la cooperación solicitada: **1)** si el delito objeto del proceso en el Estado requirente

---

[277] STS de 3 de diciembre de 1991 y de 19 de enero de 1995 (cfr. RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 159-160).

ya fue juzgado en el Estado requerido; 2) si el proceso penal entraña una persecución por razones de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología; 3) si se trata de un delito político o tributario; 4) si el órgano de juzgamiento es *Ad Hoc* o de excepción; 5) si el acto de cooperación afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales (art. 9º).

Las solicitudes de asistencia se ejecutan de conformidad con el derecho interno del Estado requerido, y se llevarán a cabo en la medida en que no contravengan la legislación local (art. 10º). Las solicitudes que importen limitación de derechos fundamentales no se aceptan automáticamente, pues deben evaluarse por el órgano judicial y accederse sólo si cumplen con los requisitos de la ley interna (art. 13º). El traslado de detenidos para declaraciones no sólo es temporal y está sujeto a su consentimiento (art. 20º), sino que importa el otorgamiento de un salvoconducto o inmunidad, en cuya virtud no podrá ser procesado por delitos anteriores a su salida; tampoco podrá ser requerido a declarar en procedimientos distintos de los especificados en la solicitud de asistencia, ni ser procesado sobre la base de la declaración que preste, salvo en caso de desacato o falso testimonio (art. 22º).

Otra diferencia con la transferencia de condenados y la extradición –en la misma línea que la no exigencia de la doble incriminación– es que la asistencia judicial no requiere la intervención decisoria del Gobierno. Es un acto estrictamente judicial regido por pautas jurídicas predeterminadas, en cuya virtud el juez decide la procedencia del pedido y, de ser el caso, lo lleva a cabo según las disposiciones de la ley procesal nacional, con lo que se ratifica con carácter general la "*lex fori*", en cuya virtud cualquier acto procesal realizado en el país se rige por nuestras normas procesales, incluyendo, como anota ASENCIO MELLADO, toda tramitación procesal realizada por órganos jurisdiccionales nacionales en funciones de auxilio judicial internacional y, por tanto, en el marco de un proceso extranjero regido, pues, por los preceptos imperantes en ese país[278].

En los Tratados bilaterales, cuyas bases fundamentales son las mismas que el Tratado multilateral antes indicado, se precisan otras medi-

---

[278] ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 30.

das de asistencia o cooperación. Así tenemos que expresamente se prevé: 1) la localización e identificación de personas, de domicilios y otros elementos materiales, que incluye productos e instrumentos del delito (v. gr.: art. 5º.a del Tratado con Canadá, art. 16º.1 del Tratado con Ecuador); 2) la realización de peritajes (v. gr.: art. 1º.e del Tratado con El Salvador); 3) la autorización de la presencia de funcionarios del Estado requirente en la práctica de actuaciones de cooperación (v. gr.: art. 1º.g del Tratado con Bolivia); 4) el levantamiento del secreto bancario (v. gr.: art. 3º.1.h del Tratado con Brasil); 5) la denuncia con fines procesales (se trata de una denuncia con fines de enjuiciamiento ante los tribunales, formulada por el Estado requirente) (v. gr.: art. 14º. 1 del Tratado con Cuba); 6) el otorgamiento de facilidades y seguridad necesarias para la actuación de pruebas y diligencias judiciales dentro de su territorio (v. gr.: art. 9º del Tratado con Colombia); y, 7) la comunicación de sentencias de condena pronunciadas por sus propias autoridades judiciales, contra ciudadanos de dichas partes (v. gr.: art. 17º del Tratado con Guatemala).

Es de destacar dos actos de cooperación especialmente interesantes: a) la "denuncia con fines procesales" y b) las "diligencias en el exterior". Por la primera se instaura una justicia por representación, que permite a un Estado denunciar formalmente ante otro Estado, un determinado delito. Normalmente, apunta DE MIGUEL ZARAGOZA, se utiliza tal mecanismo cuando la persona denunciada es nacional del Estado requerido y si se pidiese su extradición no sería concedida en la mayoría de los países [279].

El segundo acto de cooperación importa un desplazamiento de Jueces o Fiscales al extranjero para realizar allí diversos actos de instrucción. La autoridad judicial del Estado requerido, en este caso, prestará el apoyo necesario dentro de su competencia. Según el art. 489º del Proyecto de Código Procesal Penal de 1996 [280], elaborado sobre la base

---

[279] DE MIGUEL ZARAGOZA: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", cit., p. 31.

[280] El Libro Sexto (arts. 473º/500º) del aludido Proyecto de CPP, es una reproducción del mismo Libro del Proyecto de 1995, que elaboró una Comisión Especial integrada por Congresistas y representantes del Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público y del Colegio de Abogados de Lima, presidida por el Dr. César Fernández Arce, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso. Ese Libro del Proyecto tiene su fuente en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y Traslado de Condenados de 1993. En ambos casos me correspondió su redacción.

de un Proyecto de Ley sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y Traslado de Condenados de 1993, la práctica de diligencias en el extranjero por autoridad judicial peruana está condicionada no sólo a la aceptación del Estado extranjero, sino a la decisión previa del Fiscal de la Nación o de la Sala Penal de la Corte Suprema, según corresponda realizarla al Fiscal o al Juez, sustentada sobre la base de la naturaleza y de la urgencia de la actuación de la diligencia en cuestión. En el caso inverso, de autoridades judiciales extranjeras en el Perú, el art. 490º prescribe que las diligencias se autorizarán "[...] si no afectan derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico peruano", en cuyo caso el Juez Penal debe prestar a la autoridad extranjera el apoyo que requiera.

D. La transmisión de procedimientos en materia penal

Señala SALCEDO VELASCO que los supuestos de cooperación judicial mencionados anteriormente comportan la actuación de jueces del país requerido en auxilio de jueces del país requirente, que en un sentido amplio se traduce en una actividad material y judicial en la que el órgano jurisdiccional requerido desarrolla su actividad y obtiene un resultado que transmite a la parte requirente, lo cual supone sometimiento a las normas sustantivas y procesales del país requerido y ejercicio, que no renuncia, de las facultades y potestades de sus tribunales [281]. La transmisión de procedimientos en materia penal es una técnica de auxilio internacional penal alternativa a la extradición, pues permite hacer efectiva la responsabilidad penal derivada de la comisión de un delito; en este caso, acota BELLIDO PENADÉS, el Estado requirente, en lugar de pedir al Estado requerido la entrega de una persona para enjuiciarla en el territorio del primero, le solicita que el enjuiciamiento se realice en el territorio del segundo [282].

Sin embargo, hoy en día –esencialmente en el espacio europeo– se ha incorporado otra modalidad de cooperación judicial que, en rigor, importa una cesión de jurisdicción en favor de otro Estado. El Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal de

---

[281] SALCEDO VELASCO, Andrés: "Mecanismos procesales de cooperación judicial", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial.), Madrid, 1995, pp. 205-206.

[282] BELLIDO PENADÉS: *La extradición en derecho español*, cit., p. 29.

15 de mayo de 1992 establece unas excepcionales normas de competencia, en cuya virtud, siempre a petición fundamentada del Estado requirente, mediante lo que se denomina "solicitud de instrucción del procedimiento", cualquier Estado firmante tendrá competencia interna para perseguir con arreglo a su propia legislación penal sustantiva, cualquier infracción, a la que le sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante.

La base de este Convenio es la doble incriminación. El Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal de España, por ejemplo, no sólo no considera necesaria la existencia de un Tratado, bastando el principio de reciprocidad y normas jurídicas internas que definan las bases de la cooperación (art. 90º.4), sino que además exige el cumplimiento de alguna de las siguientes conexiones para fundamentar la transmisión del procedimiento: **a)** que el presunto responsable sea nacional del Estado requerido; **b)** que resida o se encuentre en dicho Estado; **c)** que ya exista, o se vaya a iniciar, un proceso por el mismo hecho o por un hecho diferente; **d)** que los elementos de prueba se encuentren en dicho Estado; **e)** que concurran mejores probabilidades de reinserción en dicho Estado; **f)** que existan razones para sospechar que no comparecerá a juicio en el país requirente; **g)** que no existan garantías de que una posible condena en el país requirente pueda ser ejecutada en su territorio ni aún recurriendo a la extradición, mientras el Estado requerido sí esté en condiciones de poderla ejecutar (art. 94º). Igualmente, constituyen requisitos para la transmisión de procedimientos, no sólo que se cumpla el principio de doble incriminación y exista alguna de las conexiones arriba indicadas, sino que además la acción penal no haya prescrito, el delito no sea castrense, no haya motivos para sospechar que en el otro Estado el presunto responsable vaya a sufrir cualquier tipo de discriminación, y que la solicitud sea aceptada por el Estado requerido (art. 95º). La solicitud se acompañará con el proceso original o copia certificada del mismo, el relato de los hechos y copia de la legislación aplicable, certificación de la detención preventiva sufrida en el proceso que se transmite y cita de la causa en que se fundamenta la transmisión (art. 96º).

E. La entrega vigilada

El art. 11º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, celebrada en Viena

el 20 de diciembre de 1988 (aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 25352, de 22 de noviembre de 1991), incorpora como una forma de cooperación judicial la denominada "entrega vigilada". Se trata, en verdad, de una técnica de investigación de delitos de tráfico ilícito de drogas que, como apunta JOSHI JUBERT, consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas circulen, salgan o entren en territorio sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con estos mismos fines [283]. Como tal, en palabras de GIMENO SENDRA, esta institución incorpora una específica exención de la obligación de denunciar los delitos, que tienen los órganos encargados de la persecución penal, justificada en los casos de delincuencia organizada y necesaria para evitar la pérdida de eficacia en la lucha contra este fenómeno criminal [284].

El art. 29º de la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996), recoge esta institución en el ordenamiento interno bajo el nombre de "remesa controlada", en cuya virtud corresponde su planificación a la policía y su autorización al Ministerio Público, a partir del cual, "...en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de drogas verificado o presunto, durante un período de tiempo con el objeto de determinar las circunstancias, destino, implicados y las conexiones con asociaciones delictivas". El art. 28º estipula que el Ministerio Público, "con el propósito de permitir la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal", no sólo autoriza la ejecución tanto de la remesa controlada cuanto del agente encubierto, sino que supervisa su desarrollo y dispone su culminación una vez que haya cumplido sus objetivos. De existir proceso judicial abierto, la autorización y supervisión corresponde al Juez Penal.

En caso de tráfico ilícito internacional, la ejecución de estas técnicas, según el art. 28º *in fine*, se sujetarán a lo prescrito en los Convenios suscritos por el Perú, lo que significa que su desarrollo exige Tratado y

---

[283] JOSHI JUBERT: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., p. 300.

[284] GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. III, p. 13.

no mera invocación del principio de reciprocidad. El Convenio de Viena antes citado prescribe que la ejecución de esta técnica presupone "acuerdos o arreglos mutuamente convenidos" (art. 11º.1); por ende, no hay cabida a la reciprocidad, puesto que los acuerdos o arreglos deben insertarse en un Convenio expreso, tal como entiende la ley peruana. En virtud de este Acuerdo o Convenio, "las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan" (art. 11º.3 Convenio de Viena).

4. La cooperación judicial internacional y la Corte Penal Internacional

A. La creación de la Corte Penal Internacional

El surgimiento del Derecho Penal Internacional, que desde una perspectiva estricta puede definirse como el "[...] sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, entre los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves" [285], determinó con el transcurso del tiempo la configuración de un conjunto de delitos internacionales [286] y, esencialmente, la institucionalización de una jurisdicción internacional a cargo de un órgano jurisdiccional permanente. Se pasó, como apunta Cherif Bassiouni, de definir un delito internacional a través de Convenios multilaterales y delegar su aplicación e imposición de sanciones previstas para dicho ilícito en el Derecho penal interno de los Estados que acepten las normas en cuestión (denomina-

---

[285] Gil Gil, Alicia: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, UNED, Valencia, 1999, p. 18.

[286] Entiéndase por *delito internacional*, en palabras de Alicia Gil Gil (*El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit., pp. 24-25), aquella conducta que infringiendo una norma internacional lesiona o pone en peligro bienes jurídicos pertenecientes al orden jurídico internacional. Como tal, se diferencia el *delito transnacional*, que a menudo es objeto de una regulación mediante instrumentos internacionales que pretenden la armonización de las legislaciones internas y la cooperación interestatal en su persecución y castigo, dado que importan a varios países debido a que sus efectos o la organización de sus autores traspasa las fronteras, escapando con frecuencia a la capacidad de reacción de un solo Estado.

do "sistema de aplicación indirecta") a la instauración de un sistema internacional de justicia penal [287].

La Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de octubre de 1947 encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta y en el juicio del Tribunal de Nüremberg y la preparación de un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. La formulación de los principios de Nüremberg fue aprobada por la Comisión en su segunda sesión de 1950. El primer Proyecto de Código fue aprobado en su primera lectura por dicha Comisión en 1951, y tras su modificación en su segunda lectura en 1954 fue presentado a la Asamblea General, que no llegó a aprobarlo; similar suerte siguió el primer Proyecto de Corte Penal Internacional de 1951, revisado en 1953. En 1991 la Comisión logró aprobar en primera lectura un nuevo Proyecto de Código (el anterior se estancó por la definición de la "agresión"), cuya segunda lectura a la luz de las observaciones de los gobiernos se inició en 1994, aprobada en su 48º sesión de 1996. Paralelamente, la Comisión creó en 1992 un grupo de trabajo encargado de la elaboración de un Estatuto de la Corte Penal Internacional, el mismo que presentado fue aprobado por la Comisión en su 46º período de sesiones de 2 de Mayo a 22 de julio de 1994. Con posterioridad un Comité Preparatorio (1996 y 1997) fue encargado de elaborar un informe sobre las diversas propuestas y comentarios realizados al Proyecto, el que fue culminado y aprobado como Proyecto Consolidado entre marzo y abril de 1998.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 51/207 de 17 de diciembre de 1996 decidió celebrar en 1998 una conferencia diplomática de plenipotenciarios para dar forma definitiva y adoptar una Convención sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Esta Conferencia tuvo lugar en Roma de 15 de junio al 17 de julio de 1998. Participaron 160 Estados, sin perjuicio de la intervención en calidad de observadores de organizaciones internacionales intergubernamentales, de 133 organismos internacionales no gubernamentales, de órganos autónomos de la ONU y de organizaciones nacionales no gubernamentales. El Estatuto fue aprobado el 17 de julio de 1998 por votación mayoritaria de 121 Estados (votaron en contra 7 Esta-

[287] BASSIOUNI, Cherif M.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 81-83.

dos –entre los que se encuentran Estados Unidos, China e India– y se abstuvieron 21 Estados), el mismo que entró en vigor después que 60 Estados firmantes entregaron su instrumento de ratificación (art. 126º del Estatuto). Ello no hace sino reflejar, a juicio de CONCEPCIÓN ESCOBAR, el interés renovado de la sociedad internacional para dar una respuesta institucionalizada al problema del enjuiciamiento de los crímenes internacionales[288].

El Perú mediante Resolución Suprema Nº 443-98-RE, de 1 de octubre de 1998, delegó en su Embajadora en Italia, las facultades suficientes para suscribir en representación del Gobierno del Perú, el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, y bajo el único argumento que el citado Estatuto se encuentra abierto a la firma de todos los Estados desde el 17 de octubre de 1998 hasta el 31 de diciembre del año 2000 en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, mediante Resolución Suprema Nº 478-98-RE, de 31 de octubre de 1998, dejó sin efecto la Resolución Suprema anterior. Felizmente, el Estatuto fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 27518 y ratificada por Decreto Supremo Nº 34-2002-RE, de 9 de octubre de 2001.

B. La jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional –en adelante, CPI– es concebida como institución permanente que se inserta en el sistema de Naciones Unidas (vinculada con las Naciones Unidas dice el art. 2º del Estatuto) y con sede en La Haya, Países Bajos. Como tal, tiene subjetividad (personalidad jurídica) internacional y capacidad jurídica para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos (art. 4º), así como constituye una jurisdicción común a los Estados Partes, en posición de supremacía, lo que impide a los tribunales nacionales entablar con ella cuestiones de competencia [289]. Opta por un modelo integrado y netamente internacional de deducción de la responsabilidad penal tanto en el plano sustantivo como en el jurisdiccional.

---

[288] ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "La Corte Penal Internacional: rasgos básicos", en: AA.VV.: *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 229.

[289] DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en: *Boletín de Información*, Año LIII, Nº 1836-1837, Suplemento, Madrid, 1999, p. 14.

La jurisdicción de la CPI está radicada en personas naturales respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional (art. 1º), siempre que sean mayores de 18 años (art. 26º). Su competencia material, según el art. 5º, abarca los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Se ha precisado los alcances típicos de tres crímenes internacionales (arts. 6º-8º), salvo el de agresión, sujeto a que se apruebe una disposición –que en todo caso debe dictarse luego del plazo de 7 años de la entrada en vigor del Estatuto– que lo defina, y precise las condiciones de su incorporación (*vid.* arts. 5º.2, 123º y 124º). La competencia de la Corte, por lo demás, es *inherente*, esto es, que la capacidad de conocimiento de la CPI sobre los crímenes a ella sometidos se configura de modo suficiente mediante la ratificación del Estatuto por el Estado respectivo [290].

En cuanto a las condiciones previas para el ejercicio de la competencia, el Estatuto prevé un modelo de competencia de tres niveles: **1)** Ésta es automática, sean los Estados involucrados Parte o no del Estatuto, cuando lo acuerde el Consejo de Seguridad de la ONU con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; y, fuera de este supuesto, siguiendo la denominada *"propuesta de Corea"*; **2)** si uno o varios de los Estados son Parte en el Estatuto; o, **3)** si un Estado No Parte acepta la competencia *ad hoc* de la Corte en un caso concreto, mediante declaración depositada en poder del Secretario de la CPI. En ambos casos la competencia se adscribe a la CPI en la medida en que se cumpla cualquiera de los siguientes puntos de conexión: **a)** que se trate del Estado del lugar de comisión del delito o el de bandera, si se cometió en una nave o aeronave; o **b)** que se trate del Estado del que sea nacional el acusado del crimen. En ambos supuestos el Estado 'involucrado' debe ser Estado Parte. De no serlo, debe haber aceptado en el caso concreto la jurisdicción de la CPI (art. 12º).

A las reglas mencionadas, precisa CONCEPCIÓN ESCOBAR, se añade una última dimensión temporal, que opera a partir de un modelo de irretroactividad absoluta (art. 11º), conforme al cual la Corte no podrá entender ningún asunto referido a hechos que se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto [291].

---

[290] GUERRERO APRÁEZ, Víctor: "El Estatuto de la Corte Penal Internacional: Antecedentes y características", en: *Revista de Derecho Público*, Nº 10, mayo, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 9.

[291] ESCOBAR HERNÁNDEZ: "La Corte Penal Internacional: rasgos básicos", cit., p. 234.

El ejercicio de la competencia de la CPI podrá ejercerse en la medida en que un Estado Parte o el Consejo de Seguridad formule ante el Fiscal una denuncia fundamentada y documentada, quien además puede iniciar investigaciones de oficio (arts. 13º-14º). Corresponde al Fiscal analizar la veracidad de la información recibida, recabar más información de fuentes diversas y recibir testimonios escritos y orales; y, si considera que existe fundamento suficiente (fundamento razonable) para abrir una investigación presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI una autorización en tal sentido, la que lo autorizará siempre y cuando encuentre mérito para abrir una investigación y que el asunto parezca corresponder a la competencia de la CPI (art. 15º).

El art. 17º del Estatuto incorpora el *principio de complementariedad* en materia de competencia de la CPI, descartando el sistema de jurisdicción internacional exclusiva. Significa que la Corte sólo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En principio, anota AMBOS, no estará permitido un procedimiento ante la CPI cuando esté tramitándose un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea lo suficientemente grave como para justificar una intervención de la Corte [292]. Por consiguiente, la responsabilidad primaria de investigar y enjuiciar los crímenes de competencia de la Corte corresponde a los Estados nacionales. Sólo cuando un Estado no tenga disposición o capacidad real para proceder, o prefiera que la Corte actúe, o esté inactivo de otra manera, será posible que la CPI pueda determinar admisible un asunto [293].

Lo expuesto significa, apunta SALVO ANDÓ, que la CPI "[...] no nace como una institución alternativa a la justicia administrada por los Estados, sino como una justicia integrada, complementaria. La CPI no puede funcionar prescindiendo de lo que hagan los Estados; son principalmente dos las razones que lo impiden: ni todos los crímenes internacionales pueden llegar a la CPI ni en todos los casos pueden ser juzgados por la CPI, ya que ésta carece de la estructura necesaria para soportar

[292] AMBOS, Kai: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1998, p. 90.

[293] BROOMHALL, Bruce: *Corte Penal Internacional: Visión general y cooperación con los Estados*, Nouvelles Études Pénales, 1999, p. 27.

un contencioso de tal magnitud" [294]. Agrega el citado autor que, el principio de complementariedad cumple una función de estímulo en cierto sentido sobre la justicia nacional para que cumpla frente a la amenaza de verse desprovista de sus propias competencias. La CPI es una pistola que apunta al fin y al cabo sobre los Estados [295].

C. La cooperación internacional y la asistencia judicial

La Parte IX del Estatuto, denominada "De la cooperación internacional y la asistencia judicial", comprende los arts. 86º al 102º. En principio, como regla general, los Estados Parte están obligados a cooperar plenamente con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (art. 86º). Ello es así porque la Corte carece de una estructura investigadora, no está en condiciones de llevar a cabo medidas de policía previas o sucesivas al proceso [296]. La cooperación es solicitada por la CPI a través de "solicitudes de cooperación", cuyo carácter reservado debe ser preservado por el Estado requerido, salvo que su divulgación sea necesaria para tramitarlas (art. 87º.3), no obstante lo cual el Estado requerido, a solicitud de la Corte, debe proveer la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares (art. 87º.4). Las "solicitudes de cooperación" también pueden cursarse a Estados No Partes, siempre que hayan celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte (art. 87º.5), así como a cualquier organización intergubernamental (art. 87º.6). El incumplimiento de las "solicitudes de cooperación" determinará que la CPI se dirija a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto (art. 87º.7).

Las formas de cooperación son las siguientes: 1) entrega de personas a la Corte (art. 89º); y, 2) Asistencia judicial, que comprende doce actos específicos y uno genérico, tales como: identificación y búsqueda de personas u objetos, práctica de pruebas, interrogatorio del imputa-

---

[294] SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", en: *Thémis*, Nº 39, Lima, 1999, p. 477.

[295] SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", cit., p 478.

[296] SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", cit., p. 477.

do, realización de notificaciones y emplazamientos de asistencia a la Corte, traslado de personas a la Corte y facilitación de comparecencia a ella, práctica de allanamientos y decomisos, realización de inspecciones oculares (incluye exhumaciones e inhumaciones), transmisión de registros y documentos (inclusive oficiales), protección de víctimas y testigos, preservación de pruebas, identificación del paradero de personas y congelamiento del producto y de los bienes vinculados al delito, así como "cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de competencia de la Corte" (art. 93º). Se incluye en este punto la orden de detención dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares, al amparo del art. 58º del Estatuto, que el Estado Parte deberá ejecutar de conformidad con su derecho interno y lo dispuesto para la Asistencia Judicial en el Estatuto (art. 59º).

Dos datos son de destacar. El primero, que como la CPI carece de cualquier potencial coercitivo, en aras de configurar una institución capaz de garantizar justicia a la vez que respete plenamente las prerrogativas de los Estados, resulta imprescindible un sistema de cooperación efectiva y confiable. Ello explica la obligación de cooperación plena por los Estados Parte y la consecución de acuerdos especiales con esta misma finalidad con los Estados que no son parte del Tratado (arts. 86º y 87º.5). En este caso, como enseña BROOMHALL, se trata de una obligación de cooperar en relación con la investigación y el enjuiciamiento de un crimen que le compete a la Corte; se aplica, por tanto, una vez que la Corte ha iniciado una investigación, y tiene un carácter general que se extiende a cualquier autoridad nacional, sea policial, militar o de otra área del gobierno que tenga una responsabilidad competente a la solicitud de la Corte [297].

El segundo, que los Estados Parte deben desarrollar una legislación que permita hacer viable las formas de cooperación necesarias para el funcionamiento de la Corte (art. 88º). Se requiere que los Estados sean legalmente capaces de brindar la asistencia pedida por el Estatuto, mientras permiten los procedimientos que disponen la cooperación a ser diseñada por los Estados Partes, en sostenimiento de sus sistemas legales

[297] BROOMHALL, Bruce: *Corte Penal Internacional: Una guía para su implementación nacional*, Instituto Legal Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Paul) e Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, Siracusa [Italia], mimeo, s/f., p. 5.

y constitucionales, lo que exige procedimientos internos más expeditivos que en el caso de asistencia entre Estados, dado que la Corte no es una competencia 'foránea' y sus procedimientos están sujetos a altos estándares de imparcialidad y equidad [298].

D. La entrega de personas

El Estatuto diferencia claramente entre extradición y entrega. El art. 102º prescribe que por *entrega* se entiende la entrega de una persona por un Estado a la CPI de conformidad con dispuesto en el Estatuto, mientras que por *extradición* se entiende la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un Tratado o en el derecho interno.

Cuando la Corte considere necesaria la presencia de un sospechoso para los efectos de la investigación y, en su caso, del enjuiciamiento, se dirigirá al Estado en cuyo territorio pueda hallarse la persona, solicitando su cooperación. La "entrega", desde la perspectiva del Estatuto, es un procedimiento menos complejo que la extradición entre Estados; el acápite 2 c) del art. 91º del Estatuto prescribe, al efecto, que los requisitos que imponga la legislación interna de los Estados no pueden ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición y, de ser posible, serán menos onerosos. Existe un mandato de "simplificación procesal" en función al denominado "carácter específico de la Corte". Por consiguiente, como apunta BROOMHALL, ello exige que no se apliquen a la "entrega" consideraciones propias de la extradición, tales como la doble criminalidad, excepción del delito político, posibilidad de un juicio justo, no extradición del nacional, el principio de especialidad, naturaleza de la pena a imponer y otros, los cuales se sustentan en una consideración de soberanía y en las diferentes valoraciones jurídicas de cada legislación penal, supuestos que no afectan a la CPI, que se creó para atender los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, los mismos que serán procesados con altos estándares de imparcialidad y equidad [299]. La Corte, explica DE MIGUEL ZARAGOZA, se encuentra en una situación de supremacía en rela-

[298] BROOMHALL: *La Corte Penal Internacional: Visión general*, cit., pp. 51-52.

[299] BROOMHALL: *Corte Penal Internacional: Una guía para su implementación nacional*, cit., p. 11.

ción con los Estados Parte, que no pueden alegar frente a la Corte, para negarse a cooperar, motivos habituales de orden público o seguridad nacional o incluso el principio de doble incriminación [300].

El carácter preferente de la Corte se expresa, además, en el tratamiento de las solicitudes concurrentes y del *ne bis in idem*. En el primer caso, frente a una concurrencia de una solicitud de entrega y otra de extradición, tiene en principio prioridad la solicitud de entrega de la CPI (art. 90º). Si el Estado requerido es Estado parte, la prioridad la tendrá la CPI si ya determinó la admisibilidad del procesamiento, pero, en todo caso, debe esperar la decisión si aún la Corte no se pronuncia sobre la admisibilidad, hasta que lo haga, debiendo pronunciarse en favor de la extradición si la Corte denegó la admisibilidad del procesamiento. En cambio, si el Estado requerido no es Estado parte, la prioridad de la CPI es viable en tanto no esté obligado respecto del Estado requirente por una norma de derecho internacional y la Corte haya determinado la admisibilidad. Si existe una obligación de derecho internacional del Estado requerido frente al requirente, aclara AMBOS, aquél tendrá que tomar una decisión ponderada de acuerdo con determinados criterios (como interés del Estado requirente en la extradición porque el crimen haya sido cometido en su territorio, posibilidad de una entrega subsiguiente a la Corte por parte del Estado requirente) [301]. Si se trata de un crimen distinto al perseguido por la Corte, el Estado Parte deberá proceder conforme a lo apuntado anteriormente, en función de la existencia o no de una obligación de derecho internacional.

La preferencia también se aprecia cuando la persona, cuya entrega pide la CPI, invoca la excepción de cosa juzgada. El Estado requerido, en este caso, no decidirá según sus propias valoraciones, sino que entablará consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa es admisible, el Estado requerido cumplirá la solicitud. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, se aplazará la decisión hasta la decisión del procesamiento (art. 89º.2). Otra regla de preferencia es la contemplada en el nume-

---

[300] DE MIGUEL ZARAGOZA: "Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional", cit, p. 17.

[301] AMBOS: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, cit., p. 113.

ral 4 del art. 89º, que establece que si la persona buscada está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte, el Estado requerido, después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte.

La entrega importa la detención del solicitado. La Corte por razones de urgencia podrá solicitar la detención provisional de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega con la documentación formal exigida por el art. 91º, la cual por lo demás, exige, si el derecho interno del Estado requerido así lo dispone, anexar a la solicitud los documentos, las declaraciones o la información necesaria para justificar la solicitud de entrega. La detención provisional está sujeta a un plazo determinado que debe establecerse en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

E. La asistencia judicial

Una de las consecuencias más importantes del principio de complementariedad se concreta en las formas de cooperación judicial a las que quedan comprometidas las jurisdicciones nacionales; el deber de cooperación requiere cumplimiento automático en lugar de un cumplimiento condicionado o negociado. Frente a un proceso que adelante la CPI, los tribunales domésticos tendrán que actuar como órganos obligados a un deber de colaboración, sujetos incluso a una suerte de monitoreo. GUERRERO APRÁEZ llega a sostener que la desobediencia al deber de cooperación judicial en que incurran Estrados partes constituye un delito internacional que, como tal, acarrea responsabilidad y las consecuencias derivadas del mismo [302].

Todas las medidas de cooperación (práctica de pruebas, allanamientos, notificaciones, etc.) previstas en el art. 93º del Estatuto son obligatorias para los Estados Parte. Si la solicitud importa una medida prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general (lo que margina cualquier prohibición legal que no tenga la referida trascendencia), éste formula-

[302] GUERRERO APRÁEZ: "El Estatuto de la Corte Penal Internacional: Antecedentes y características", cit., pp. 7-9.

rá de inmediato consultas con la Corte. Ésta, si las objeciones son insalvables, modificará la solicitud según sea necesario (art. 93º.3). En cambio, si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a su seguridad nacional, el Estado Parte podrá rechazar la solicitud, no sin antes celebrar consultas con la Corte para determinar si la asistencia puede prestarse con arreglo a determinadas condiciones (art. 93º. 4 y 5).

En caso de concurrencia de solicitudes de la Corte y de otro Estado, el Estado requerido procurará, en consulta con la Corte y el otro Estado, atender solicitudes, de ser necesario postergando o condicionando una de ellas o, de no ser posible, aplicará las reglas fijadas para el caso de la entrega.

La ejecución de las solicitudes de asistencia puede ser aplazada, primero, cuando la solicitud interfiere con una investigación o enjuiciamiento en curso (aplazamiento que estará sujeto a término convenido con la Corte, sin perjuicio que el Fiscal pueda adoptar las medidas necesarias para preservar las pruebas); y, segundo, cuando esté en trámite la impugnación de la admisibilidad de una causa, salvo que la Corte haya resuelto expresamente que el Fiscal podrá seguir recogiendo pruebas.

Otro impedimento a la asistencia, señala AMBOS sobre la base del art. 98º del Estatuto, se deriva de los derechos de inmunidad de personas de terceros Estados, o de obligaciones contractuales del Estrado requerido respecto de terceros Estados. En estos casos el Estado requerido –en forma parecida a lo que ocurre con el acceso a pruebas procedentes de terceros Estados (art. 73º, *supra* IV.2.)– sólo puede cumplir una solicitud de asistencia cuando el tercer Estado renuncie a sus derechos de inmunidad o demás derechos [303].

La asistencia también puede ser de la Corte a los Estados Parte. El art. 93º.10 establece al respecto que ello será posible siempre que dicho Estado lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la Corte o un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente. Las medidas de asistencia podrán ser, entre otras: a) transmisión de declaraciones,

---

[303] AMBOS: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, cit., p. 116.

documentos u otros elementos de prueba; y, **b)** interrogatorio de una persona detenida por orden de la Corte. Estas medidas están condicionadas al consentimiento del Estado que las proporcionó a la Corte, y a la protección del testigo o perito que actuó como fuente de prueba.

CAPÍTULO XLIV
LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES

SUMARIO: I. Incidentes procesales: 1. Concepto. 2. Notas características. 3. Clasificación. II. Procedimiento incidental: 1. Aspectos generales. 2. Incidentes en la etapa de instrucción. 3. Incidentes en la etapa de enjuiciamiento. 4. Incidentes en la etapa intermedia. III. Cuestiones incidentales especiales: 1. Cuestiones de competencia. 2. Cuestiones previas, prejudiciales y excepciones. 3. Incidentes de tachas.

I. INCIDENTES PROCESALES

1. CONCEPTO

Carlos MIGUEL Y ALONSO apunta que en el desarrollo de los actos procesales pueden surgir obstáculos que por su categoría y caracteres provocan una situación de crisis. Agrega el citado autor que estos obstáculos pueden *incidir* en el desarrollo del proceso con muy diversos efectos y tienen siempre como criterio general para deducirlos el hecho que guardan relación bien con el objeto propio del proceso, bien con la validez del procedimiento; es decir, que se refieran, en suma, tanto a cuestiones de fondo como a cuestiones de forma [304].

El término incidente deriva del latín *incidere*, equivalente a algo imprevisto, algo que se presenta inesperadamente [305]. Como tal, es posi-

---

[304] MIGUEL Y ALONSO, Carlos: "Incidentes", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1977, T. XII, p. 135.

[305] PARRA QUIJANO, Jairo: *Derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1992, T. I, p. 313.

ble definirlo como toda cuestión o contestación accesoria que sobrevenga o se forme durante el curso del proceso o acción principal y su nota característica es la vinculación inmediata con el proceso en que surge [306]. Como tal, vista su accesoriedad, según lo ha destacado el Supremo Tribunal, "las cuestiones que se refieran al fondo mismo de la demanda (nosotros diríamos "de la pretensión penal y civil" en el proceso penal), no deben ser resueltas incidentalmente, sino en la sentencia" [307].

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

El incidente está sujeto, al decir de Hugo ALSINA [308], a tres notas características. Son las siguientes:

A. Debe tener relación, más o menos inmediata, con el objeto principal del pleito, es decir, con el objeto procesal. Es una relación inmediata y directa, que obstaculiza el desarrollo del proceso, que sobreviene en su desarrollo y con motivo de éste. A esto se denomina *conexidad*, o lo que es lo mismo, la pretensión incidental debe ser conexa al principal. Se trata de una conexidad objetiva, es decir, que tiene relación con el asunto principal o con la validez del procedimiento, cuya apreciación por cierto se deja a la discrecionalidad judicial.

B. No es posible enumerar, ni siquiera aproximadamente, los incidentes que pueden surgir durante la tramitación del juicio. En muchos casos incluso es posible que los puntos en cuestión sean resueltos fácil y rápidamente por el juez y no requieran formación de un cuaderno aparte (cuerda separada) ni audiencia de las partes. En otros casos, la petición puede ser rechazada de plano por su ostensible malicia o manifiesta improcedencia.

C. En algunos casos el incidente tiene un trámite especial previsto en el Código, como es el caso de las recusaciones y de las tachas

---

[306] CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto: *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª. ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 320.

[307] *Anales Judiciales*, 1871, Lima, p. 320.

[308] ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1942, T. II, pp. 733-734.

de testigos (arts. 33º y 156º del Código de 1940), pero en otros la ley no dice nada al respecto, por lo que resultan aplicables las disposiciones generales de los arts. 90º y 271º del Código de 1940, según la etapa del procedimiento.

Una cuarta nota característica de los incidentes es la anotada por Aldo BACRE [309]. Los incidentes requieren petición de parte o de terceros, lo que significa que debe deducirlos quien tiene *interés en su promoción.* En el caso de los *terceros* puede mencionarse a título de ejemplo el incidente de devolución de bienes secuestrados o incautados: secuestro cautelar, solicitados por el propietario ajeno al delito. Es de anotar, sin embargo, que en el proceso penal también pueden ser introducidos de oficio por el juez, como es el caso –entre otros– de las excepciones y de la excarcelación. Todo incidente, finalmente, es *sobreviniente,* es decir, la pretensión incidental deberá incoarse después de instaurado el proceso.

3. CLASIFICACIÓN

Siguiendo a Ramiro J. PODETTI [310], los incidentes se clasifican, desde el punto de vista del procedimiento, en:

A. *Autónomos o nominados.* Son los que la ley regula en forma específica o propia, es decir, se refieren a cuestiones que sin ser esenciales en el desarrollo procesal, pueden considerarse normales y por ello han sido expresamente previstos. En el Código de 1940 están considerados: las cuestiones prejudiciales (arts. 3º y 4º), las cuestiones previas (art. 4º), las excepciones (art. 5º), la acumulación y desacumulación (art. 20º y Ley Nº 10124), la contienda de competencia (art. 23º), la declinatoria de jurisdicción (art. 27º), la recusación (arts. 32º y 33º), la oposición a la constitución de parte civil (art. 56º), la queja por detención arbitraria (art. 87º), el embargo (art. 94º), la libertad provisional (art. 184º, Código de 1991), la tacha de testigos y de peritos (arts. 156º y 165º), la devolución de objetos materia del delito (art. 188º), la libertad incondicional (art. 201º), la tacha de testigos y peritos

---

[309] BACRE, Aldo: *Teoría general del proceso,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, T. II, p. 550.

[310] BACRE: *Teoría general del proceso,* cit., T. II, pp. 549-551.

ofrecidos por al defensa (art. 238º), la oposición a nuevos testigos ofrecidos por el Fiscal (art. 239º), el pedido de postergación del debate (art. 241º), la tacha de prueba instrumental presentada en el juicio oral (art. 262º), la prórroga de audiencia para acusación complementaria (art. 263º) y la suspensión de audiencia por enfermedad de los sujetos procesales (art. 268º).

B. *Genéricos o innominados.* Son los que la ley no regula de manera específica. Una vez que pasan el examen de admisibilidad y de procedencia (requisitos objetivos: forma y contenido, y requisitos subjetivos: competencia y sujetos), se someten a una regulación general que en el Código de 1940 se recoge en los arts. 90º y 271º.

En *segundo lugar*, la nota esencial del sistema de incidentes en el proceso penal vigente, desde el punto de vista de sus efectos, es que *no tienen carácter suspensivo.* Su interposición no determina la suspensión del proceso. No se les puede calificar, en ningún caso, de incidentes o cuestiones de previo y especial pronunciamiento.

El art. 90º del Código de 1940, que se encuentra en el Libro Segundo, dedicado a la Instrucción, sanciona expresamente que los incidentes no interrumpen el curso del proceso principal. El art. 271º del mismo Código autoriza al órgano jurisdiccional a resolver el incidente que se deduzca en el curso del juicio oral inmediatamente o aplazarlos para resolverlo en la sentencia.

En *tercer lugar*, según su objeto, pueden tratarse de incidentes que se refieren al fondo del proceso o que se circunscriban a la validez del procedimiento (forma). En este último supuesto es de citar, por ejemplo, el incidente de nulidad de actuados por defecto de notificación o por vulneración de una norma de procedimiento y la reposición de resoluciones de mero trámite. En este último caso la jurisprudencia suprema dictada al amparo del Código de Procedimientos Civiles señaló que "los incidentes de nulidad de actuados pueden ser promovidos para enmendar vicios de procedimiento o defectos u omisiones de derecho instrumental indispensable, pero no para impugnar la validez de las decisiones jurisdiccionales de carácter definitivo" (311).

(311) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 123.

II. PROCEDIMIENTO INCIDENTAL

1. ASPECTOS GENERALES

El procedimiento incidental, puntualiza CLARIÁ OLMEDO, es provocado por el planteamiento de una cuestión concreta con sentido de reclamación, oposición o resistencia formal que incida en el desarrollo del proceso o en la eficacia de un momento o acto del mismo [312]. Esta proposición, como ya se sostuvo, puede provenir de una de las partes o de un tercero; también el procedimiento incidental puede provocarse de oficio por el juez de la causa, cuando advierte la presencia de una cuestión de inevitable consideración y la ley le impone escuchar en contradictorio a los interesados.

Tratándose de proposiciones de las partes o terceros, con arreglo al art. 130º del Código Procesal Civil deben ser dirigidos por escrito al juez del proceso, oportunidad en que debe exponerse los hechos en que se funden. Además, de ser el caso, debe ofrecerse medios probatorios en el mismo escrito (art. 189º CPC), salvo que ya se encuentren en el proceso. Obviamente, se acompañan, asimismo, los recaudos correspondientes (copias, firma de letrado, etc.).

El incidente se deduce y tramita ante el juez del proceso principal, en rigor ante quien lo tramita. El juez debe analizar, en primer lugar, su admisibilidad y procedencia; por consiguiente, puede rechazar la cuestión *in limine* o de plano si no cumple con los presupuestos o *requisitos objetivos* (que se trate de una cuestión conexa, que se deduzca por quien tiene legítimo interés en su promoción y que su objeto sea jurídicamente posible) *y subjetivos* (que se promueva ante el órgano judicial que corresponda, que se haga dentro del plazo fijado por la ley, si es que existe plazo legal, y que se presente en debida forma según lo indicado en el párrafo anterior).

El art. 90º del Código de 1940 sanciona una causal adicional de improcedencia de la demanda incidental. Si ésta se sustenta en los mismos hechos que fueron materia de una resolución anterior o que tuvieran el mismo objeto o finalidad que aquellas ya resueltas, debe rechazarse

---

[312] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 10.

de plano. Se requiere, en *primer lugar*, resolución firme; y, en *segundo lugar*, que la pretensión incidental reitere una cuestión resuelta sobre la misma base fáctica o que esté referida a un medio de defensa de igual o idéntico objeto o finalidad procesal.

La práctica jurisprudencial ha establecido que cuando sea del caso tramitar los incidentes en cuaderno aparte, según los supuestos que luego se estudiarán, no es posible tramitarlos conjuntamente. La Corte Superior de Lima, en el caso de excepciones, ha precisado que cada excepción debe merecer un cuaderno independiente sancionando con la nulidad si no se ha procedido en esa forma [313]. Es de entender, sin embargo, que no existe norma legal que imponga ese criterio y más bien el principio de concentración, que es seguido por otras legislaciones de modo expreso, fuerza optar por el criterio de la tramitación conjunta.

Las cuestiones accesorias que se susciten en el curso de un incidente, como es obvio, no están sujetas a un trámite excepcional y por tanto deben decidirse en la misma resolución que resuelva el incidente. Ello significa, al decir de DEVIS ECHANDÍA, que no pueden iniciarse otros incidentes motivados por el trámite de uno de ellos [314].

2. INCIDENTES EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

El Código de 1940, definitivamente, reconoce dos tipos de trámites en función a las etapas del procedimiento penal. En el caso de incidentes propuestos durante la etapa de instrucción judicial, superada la fase de admisibilidad y procedencia, corresponde al juez decidir si requiere o no tramitación por cuerda o pieza separada. Se entiende que la tramitación conjunta con el principal se producirá cuando no existan hechos que probar y se cuestione la omisión de un trámite esencial o cuando la dilucidación de la cuestión es condición necesaria para la realización del acto procesal reclamado, de suerte que por su propia naturaleza requiere una decisión de previo pronunciamiento.

---

[313] Ejecutoria superior de 30 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3838-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, Grijley, Lima, 1999, p. 491).

[314] DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal civil*, 8ª. ed., Diké, Medellín, 1994, T. III, Vol. II, p. 221.

Como el trámite incidental tiene su fundamento en el principio de bilateralidad, resulta indispensable correr traslado acordándose al efecto un plazo judicial determinado. La contestación se somete, como es obvio, a las mismas exigencias que la denominada "demanda incidental". La omisión del traslado y de todo trámite ulterior se puede producir en casos excepcionales, permitidos por la ley, tales como la decisión acerca de la reposición "...cuando el vicio o error es evidente..." (art. 363º CPC).

Vencido el término del traslado, el juez dispondrá la actuación de las pruebas propuestas por las partes y, asimismo, las que considere necesario actuar. Las pruebas que pueden actuarse son aquellas estrictamente necesarias al fin propuesto. El término de actuación es de ocho días.

Los incidentes se resuelven mediante auto. En tanto se trata, como plantea León BRAILOVSKY, de un auténtico proceso de cognición, especial, por referirse a planteamientos concretos y concluye con declaración decisoria específica del órgano interviniente [315], la resolución emitida debe tratarse de un auto, pues requiere motivación expresa para su pronunciamiento (art. 121º CPC).

El art. 90º establece que la *vista fiscal*, que como es evidente sólo se dispondrá cuando el incidente no ha sido instado por el Ministerio Público, se impone en las cuestiones que la ley expresamente lo contempla. Al respecto, la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que la vista fiscal procederá (concordancia de los arts. 94º.5 y 91º) en los casos de: **a)** cuestiones de competencia; **b)** recusación o inhibición; **c)** acumulación y desacumulación; **d)** cuestiones previas, prejudiciales y excepciones; **e)** constitución de parte civil; **f)** embargo y sustituciones; **g)** libertad provisional; y, **h)** libertad incondicional. En tal virtud, todo incidente que no se encuentre en este listado taxativo, y siempre que la ley no lo imponga, sólo requerirá el traslado respectivo; el dictamen fiscal, como paso previo a la resolución judicial, se impone a título de *numerus clausus* en los supuestos arriba anotados.

Se entiende, en los procedimientos sumarios o abreviados, que los incidentes pendientes al tiempo de fallar, serán resueltos en la senten-

---

[315] BRAILOVSKY, León: "Incidente", en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1989, T. XV, p. 372.

cia. Se trata de una regla impuesta desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (aprobado por la Ley Nº 1510, de 15 de diciembre de 1911), art. 203º, y que la primera norma que instauró este procedimiento la siguió imponiendo parcialmente al ordenar que se resuelvan conjuntamente con la sentencia, a excepción de las contiendas de competencias y las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada (Decreto Ley Nº 17110, art. 11º).

Sobre el particular es del caso tener presente el Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de 1933, que señaló que si se está en el momento de dictar sentencia y se encuentra pendiente resolver una cuestión incidental, es del caso estudiar en primer lugar esa cuestión al punto que el juez deberá abstenerse de pronunciarse sobre el fondo del asunto si la cuestión incidental exige la reposición de la causa a un estado procesal anterior (aquí es del caso tener presente el supuesto de una excepción que es fundada) [316].

El auto que resuelve el incidente es apelable. El procedimiento recursal es el que corresponde a la apelación de resoluciones interlocutorias.

3. Incidentes en la etapa de enjuiciamiento

Si las cuestiones incidentales se producen en el curso del juicio oral, no es del caso disponer la formación de un cuaderno aparte. Dice el art. 271º del Código de 1940 que se plantean verbalmente, pero sus conclusiones forzosamente se presentan por escrito. Previo traslado a la parte contraria, en respeto al principio de bilateralidad, se resuelven inmediatamente o se aplazan para resolverlas en la sentencia. Su interposición puede generar actuación probatoria, siempre que existan hechos que probar y, de ser el caso, en atención a su complejidad o importancia, la suspensión de la audiencia.

El Supremo Tribunal ha establecido al respecto lo siguiente: **a)** que si el Fiscal no ha planteado la cuestión incidental, no se requiere que presente conclusiones escritas; **b)** que sólo está obligado a presentar conclusiones escritas la parte que ha deducido el incidente; **c)** que la no

[316] *Anales Judiciales*, 1933, Lima, p. 324.

presentación de las conclusiones escritas anula la resolución del Tribunal que se pronuncia sobre la incidencia planteada. De igual manera, la Corte Suprema ha reiterado que las cuestiones fundamentales como la referente a la irresponsabilidad del acusado, no pueden ser tramitadas ni planteadas en forma incidental, sino que deben ser apreciadas en la sentencia que pone término al juicio (317).

Se entiende, igualmente, que las cuestiones incidentales pueden presentarse en cualquier momento del desarrollo del debate oral, aunque siempre que se presenten durante los períodos inicial y probatorio, no cuando el juicio ingresó al período decisorio. MIXÁN MASS ha identificado algunas de ellas, en cuanto situaciones especiales que emergen en el desarrollo del juicio oral. Se trata de: **a)** excepciones; **b)** prórroga de audiencia para acusación complementaria; **c)** retiro de acusación fiscal; **d)** tacha de testigos y tacha de documentos; **e)** incompatibilidad en la defensa; y, **f)** recusación (318). Es de entender que si el Tribunal opta por resolverla inmediatamente o luego de suspender la audiencia, lo debe hacer mediante auto debidamente motivado, el cual debe leerse en el acto oral bajo pena de nulidad (319).

Una ejecutoria suprema señaló que no son admisibles las excepciones o artículos de previo pronunciamiento que tienden a cortar el procedimiento y a frustrar así el objeto del juicio (320). Esta decisión, sin duda alguna, no es correcta. El art. 271º del Código reconoce las cuestiones incidentales y, dentro de ellas, se encuentran verbigracia las excepciones, por lo que no se puede rechazar de plano lo que la ley expresamente permite. Por lo demás, y dicho a título de ejemplo, si resulta que la acción penal ha prescrito o que se está vulnerando el *ne bis in idem*, es absolutamente razonable poder declararlo y evitar toda la secuela de un juicio.

De igual manera no es fundada la ejecutoria suprema que señala que "los incidentes que se plantean en el curso del juicio oral deben ser

(317) GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., pp. 459-460.

(318) MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975, pp. 234-241.

(319) *Anales Judiciales*, 1952, Lima, p. 150.

(320) *Anales Judiciales*, T. XLI, 1945, Lima, p. 296.

reservados para resolverlos en la sentencia" [321], pues tal decisión colida con lo expresamente señalado en el art. 271º que deja a discreción del juzgador pronunciarse inmediatamente o dejar la dilucidación de la cuestión incidental para la sentencia. Hay casos, sin duda alguna, que deben resolverse con la sentencia, como serían la tacha de documentos y de testigos; y, otros que deben decidirse inmediatamente, tales como la incompatibilidad de la defensa y la recusación, pues sin dilucidación previa resulta imposible la continuación del debate. La discrecionalidad del juzgador está condicionada a la naturaleza de la cuestión incidental planteada.

La posición de la Corte Suprema, de insistir en que abierto el juicio oral no son admisibles las cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales, parte de una consideración básica. El Fiscal Supremo, Sr. Sotelo, en un dictamen de fecha 5 de mayo de 1946 había expresado que "*...clausurado este procedimiento investigatorio y establecido por resolución del Tribunal Correccional que le pone fin que hay delito justiciable y que procede el juicio oral correspondiente, la interposición de excepciones es ya improcedente y extemporánea, por haberse definido como delictuosa y justiciable en esa resolución que debe cumplirse, la condición jurídica del inculpado, la misma que sólo la sentencia definitiva que le ponga fin podría rectificar...*" [322]. Esta tesis, sin duda alguna, no advierte los alcances procesales del auto de enjuiciamiento, que sólo se limita a autorizar el paso a la tercera etapa del procedimiento penal y, en todo caso, no enerva lo dispuesto en el art. 271º del Código de 1940. Si se entiende que la excepción importa una cuestión incidental y no de mérito, que tiene un definido carácter procesal y que su objeto se encuentra predeterminado por la ley rituaria, no es posible mencionar conceptos tales como rectificación o que el auto de enjuiciamiento define el delito justiciable, desde que la calificación definitiva de la delictuosidad de una conducta se realiza en la sentencia y que no corresponde al auto de enjuiciamiento calificar, aun de modo provisional, la delictuosidad de los hechos objeto de acusación fiscal.

4. INCIDENTES EN LA ETAPA INTERMEDIA

La ley no se pronuncia acerca de los incidentes en la etapa intermedia. Se entiende que esta etapa es eminentemente escrita y que tiene

---

[321] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 482.

[322] Ejecutoria suprema de 22 de mayo de 1946 (*Revista de los Tribunales*, Nº 663, Lima, 1946, p. 419).

como una de sus notas características la depuración del procedimiento y la dilucidación de la concurrencia de los presupuestos del juicio oral. En tal virtud, aun cuando por su propia dimensión y naturaleza no resulta aceptable la formación de cuaderno aparte, si es viable el planteamiento de cuestiones incidentales y, aún más, deviene imperativo que se resuelvan antes del inicio del juicio oral.

La Corte Suprema ha establecido que "las excepciones –lo que puede extenderse a todo tipo de cuestión incidental– que se deducen encontrándose la instrucción en estado de realizarse el juicio oral, deben ser reservadas para resolverlas en la sentencia, mas no en forma previa a dicho juicio" [323]. Esta decisión, empero, no es aceptable en toda su dimensión, por cuanto si la etapa intermedia no ha concluido y el trámite de traslados no entorpece la solución de la causa, amén de no ser necesaria actividad probatoria específica, el surgimiento de una cuestión incidental es procedente y su resolución debe merecer un auto que resuelva la instancia como artículo de previo pronunciamiento al acto oral. Obviamente, si ya se dictó el auto de citación a juicio, la cuestión incidental debe reservarse al acto oral, pero su solución no necesariamente, como ya se dejó expuesto, debe esperar a la sentencia.

III. CUESTIONES INCIDENTALES ESPECIALES

Como ya se dejó expuesto, la ley en determinados casos muy puntuales fija un procedimiento un tanto distinto al genérico previsto en los arts. 90º y 271º, cuyas disposiciones sólo se aplican supletoriamente.

Es de citar las cuestiones de competencia, las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales y las tachas, respecto de los cuales cabe realizar algunas digresiones.

1. CUESTIONES DE COMPETENCIA

El Código de 1940 prescribe que las contiendas de competencia son resueltas por el tribunal superior común a los jueces en conflicto (arts.

[323] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 479.

24º y 25º). De igual modo es el caso de la declinatoria de jurisdicción (art. 28º), imponiendo una tramitación distinta a la común de los incidentes.

Lo mismo debe ocurrir en los casos de recusación y de disconformidad con la inhibición. En ambos casos, existe un trámite preliminar ante el juez recusado o inhibido con la respectiva formación del cuaderno y elevación del informe. El Tribunal Superior resuelve el incidente sin más trámite que la audiencia del Ministerio Público, dentro del tercer día. Contra esa decisión no procede recurso de nulidad (art. 36º). Es de tener presente que este incidente es parcialmente suspensivo, pues el juez recusado sólo puede actuar las diligencias taxativamente permitidas por el art. 34º, bajo sanción de nulidad tal como lo ha establecido la jurisprudencia superior de Lima [324]. Si la recusación es contra vocales, se resuelve por el propio tribunal integrándose el colegiado con otro vocal, previo trámite del informe del magistrado recusado y vista fiscal (art. 40º).

2. CUESTIONES PREVIAS, PREJUDICIALES Y EXCEPCIONES

En el común de los procesos estos tres medios de defensa técnicos son resueltos por el propio juez penal. Se tramitan en cuerda separada y de conformidad con los ritos impuestos por el art. 90º del Código de 1940. La Corte Suprema ha precisado que tanto las excepciones como las cuestiones prejudiciales se resuelven con el mérito de las copias que deben organizarse, formando incidente aparte a fin de no interrumpir la investigación penal [325]. La vista fiscal es un trámite obligatorio, que también procede en las instancias de apelación y nulidad.

En los procedimientos con especialidades procedimentales este trámite se modifica sustancialmente. Así tenemos que en el procedimiento por delitos con propósito terrorista (Decreto Ley Nº 25475, art. 13º) se resuelven en la sentencia y, obviamente, por el Tribunal Superior. Igual trámite excepcional se seguía en el procedimiento por delitos agravados (Decreto Legislativo Nº 897, art. 2º 'b').

---

[324] Ejecutoria superior de 12 de diciembre de 1997, Exp. Nº 2085-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 238).

[325] *Anales Judiciales*, T. XLIV, Lima, 1948, p. 306.

3. INCIDENTES DE TACHAS

El art. 156º del Código de 1940 prescribe que debe comunicarse al imputado y su defensor el nombre de los testigos antes que declaren. Este conocimiento, que por razones de igualdad procesal también se extiende a la parte civil y al Fiscal Provincial, posibilita a las partes personadas tachar a los testigos citados en orden a su capacidad y a su imparcialidad.

La Corte Superior de Lima ha señalado que la tacha contra testigos no pueden deducirse después de producida la declaración testimonial porque deviene en extemporánea [326]. No es de compartir esta tesitura jurisprudencial, toda vez que la ley no prohíbe la proposición de la tacha luego de producida la testifical y de su propia naturaleza no se desprende tal limitación; además, como es razonable tener presente, puede presentarse el caso que la causal de tacha llegue a conocimiento del imputado, fiscal o parte civil con posterioridad al ofrecimiento de la testimonial y a su actuación.

Si bien la norma no impone en estricto derecho la obligación de probar las tachas que se deducen, a diferencia del Código de 1920, en cambio se traslada la obligación inmediata al Juez, quien debe realizar de oficio las investigaciones correspondientes, previa indagación al proponente de la tacha de los motivos y evidencias con que cuenta o puede aportar. Esta omisión es sancionada con la nulidad de lo actuado, tal como ha sido declarado por la Corte Superior de Lima [327].

Es de destacar que la función del juez penal se limita a los actos de comprobación de la tacha, es decir, a desarrollar una actividad de averiguación en orden a los fundamentos de la tacha, la cual por lo demás no impide que se lleve a cabo la testifical. Si se trata de un procedimiento sumario o abreviado, la tacha necesariamente se resuelve en la sentencia, puesto que un aspecto de la valoración de la prueba es el juicio de credibilidad del testimonio, por lo que de ninguna manera se está ante un artículo de previo pronunciamiento. Si se trata de un procedimiento

---

[326] Ejecutoria superior de 24 de diciembre de 1997, Exp. Nº 4048-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 333).

[327] Ejecutoria superior de 28 de noviembre de 1997, Exp. Nº 4882-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 334).

ordinario común para delitos graves, la decisión debe adoptarla el tribunal al momento de dictar sentencia. De ampararse la tacha, la testifical deviene ineficaz y de imposible valoración por el juzgador.

. Diferente es el caso de la tacha de peritos a que hace referencia el art. 165º. Al perito se le exige imparcialidad y capacidad, así como la calidad del juez, tal como postula Eugenio FLORIÁN [328], por ello es que puede ser recusado bajo criterios muy estrictos, que no se da en el caso de los testigos en la que no rige radicalmente la disposición del art. 229º del Código Procesal Civil. Si bien el juez, igualmente, debe investigar los hechos en que se funda la tacha, sin que a ello obsten las solicitudes probatorias de las partes y su intervención en las diligencias correspondientes, se trata en puridad de un incidente de previo pronunciamiento, puesto que si la tacha resulta comprobada, se nombrará nuevos peritos; si se ampara la tacha, la pericia o informe pericial –que puede presentarse a pesar del cuestionamiento a los peritos– deviene ineficaz, sin valor jurídico alguno.

Si bien el Código no incorpora la tacha de documentos durante la etapa de instrucción (sólo lo hace durante el acto oral, art. 262º), es obvio que también procede tacharlos durante dicha etapa, dado que se trata de garantizar la verdad procesal y la genuinidad de las fuentes de información que se incorporan al proceso. La tacha procede por dos razones: por falsedad y por nulidad, a tenor de lo dispuesto en los arts. 242º y 243º del Código Procesal Civil. En el *primer caso* la tacha se refiere a los defectos formales que se oponen a los instrumentos que se presenten, pero no a la nulidad de los actos que contienen; en el *segundo caso*, se refiere a la manifiesta ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad. Esta tacha, por las mismas razones que en el caso de los testigos, siempre se resuelve con la sentencia, nunca puede constituir un artículo de previo pronunciamiento. Su fundabilidad determina la ineficacia probatoria del documento cuestionado.

[328] FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. II, p. 403.

Parte X

LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

CAPÍTULO XLV
LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

SUMARIO: I. Concepto. II. Naturaleza jurídica. III. Principios del procedimiento de ejecución penal. IV. Fuentes. V. Régimen jurídico: 1. Título de ejecución. 2. Órganos de la ejecución. 3. Partes en la ejecución. 4. Incidentes de ejecución. VI. Ejecución de las penas: 1. Pena privativa de libertad. 2. Penas restrictivas de libertad. 3. Penas limitativas de derechos. 4. Condena condicional y reserva del fallo condenatorio. 5. Quebrantamiento de las penas sustituidas y convertidas. VII. Conclusión de la ejecución: 1. Causa normal. 2. Causas anormales.

I. CONCEPTO

Una vez que la sentencia adquiere firmeza, ya sea porque las partes se conforman con lo decidido o porque se ha cumplido y resuelto por el Tribunal competente los recursos que la ley prevé contra ella, corresponde ejecutar procesalmente su contenido. La ejecución de las decisiones judiciales integra propiamente la potestad jurisdiccional y, a su vez, es un elemento del derecho a la tutela jurisdiccional.

Se discute si el procedimiento ejecutivo sólo puede entenderse frente a sentencias condenatorias o si también se extiende a las sentencias absolutorias y autos de sobreseimiento. HINOJOSA SEGOVIA acota, en *primer lugar*, que el Código Procesal en su parte pertinente se refiere a la ejecución de las sentencias en general, sin diferenciar entre absolutorias y condenatorias; y, en *segundo lugar*, que la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento exigen que su contenido se

ejecute, lo que puede importar la excarcelación del imputado absuelto y el levantamiento de medidas cautelares, que es lo que se denomina *ejecución impropia* [1]. A ello debe responderse, siguiendo a MORENO CATENA, que estas decisiones no dan lugar a actividad de ejecución propiamente dichas, produciendo únicamente el efecto de levantar y dejar sin vigencia las medidas cautelares y reales [2]. Las sentencias absolutorias, apunta GÓMEZ COLOMER, son sentencias *mero-declarativas* que no precisan de un proceso de ejecución [3].

En puridad la excarcelación y levantamiento de las diversas medidas cautelares que han podido dictarse en el curso del procedimiento de declaración no genera un procedimiento propio, *ejecutivo*. Es de precisar que en nuestra legislación la excarcelación opera sin esperar a la firmeza del fallo o auto, tal como se señala en los arts. 329º del Código de 1940 y 392º del Código de 1991, y que el art. 336º del Código de 1991 prevé la ejecución provisional de la resolución impugnada, mientras que desde ya el numeral 630º del Código Procesal Civil estatuye que las medidas cautelares se cancelan de pleno derecho si se desestima la demanda –en este caso si se absuelve o se sobresee la causa al procesado–, aun cuando mediare impugnación.

A partir de lo expuesto es de definir la ejecución penal como el *conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción y de la reparación civil contenida en una sentencia de condena*. Es una actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales competentes; y, como apuntan VIADA-ARAGONESES, responde a la misma idea de la ejecución procesal civil, esto es, a dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia en que culminó la fase de cognición procesal [4].

---

(1) En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 758.

(2) En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 882.

(3) En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Lima, 1997, T. III *(Proceso penal)*, p. 407.

(4) VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1970, T. II, p. 269.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Sin duda alguna la ejecución penal se adscribe al Derecho público, en tanto se desenvuelve en un plano coactivo, en que la voluntad del ejecutado es irrelevante, y en la medida en que se trata de realizar el *ius puniendi* del Estado a partir de la declaración de certeza de la comisión de un delito y de la imposición de las consecuencias jurídicas previstas por la ley.

Se discute si la ejecución pertenece al derecho penal material, al derecho procesal o al derecho administrativo. Contemporáneamente, más allá de las relaciones que la ejecución guarda con el derecho procesal y el material, lo cierto es que se considera la existencia de un sector penal propio: el *derecho de ejecución penal*, que –al decir de Jescheck– comprende todos aquellos preceptos jurídicos y administrativos relativos a la aplicación, ejecución y control de las penas, medidas y consecuencias accesorias ejecutoriamente impuestas; a este sector penal pertenece el Derecho Penitenciario, que regula la forma y clase de cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios [5].

Este último concepto, en virtud del conjunto de normas que lo integran, nos permite sostener que la ejecución tiene un decidido acento jurídico-penal, pero con una gran intervención de la administración en lo referente a las penas y medidas de seguridad privativas de la libertad.

Es de tener en cuenta que el cumplimiento de las penas se realiza en largos períodos de tiempo, lo que exige –cuando son efectivas– unos establecimientos especiales y plantea la institucionalización de un personal especializado, que obviamente excede las posibilidades de la organización judicial y exige la atribución de su cometido a la denominada *Administración Penitenciaria*. No obstante ello, es de acotar que, de modo general, la jurisdicción comprende la ejecución de lo juzgado, y, de modo específico, la ejecución de la pena, por imperativo de lo dispuesto en el art. VI del Título Preliminar del Código Penal, está intervenida judicialmente.

---

[5] Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, p. 24.

En lo concreto, señala GÓMEZ COLOMER [6], la naturaleza mixta de la ejecución es evidente al reconocerse legalmente la intervención judicial en la adopción de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional (arts. 50º y 55º del Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo Nº 654, de 31 de julio de 1991) y al entenderse, por lo prescrito en el citado art. VI del Título Preliminar del Código Penal, la permanente intervención judicial del cumplimiento de las sanciones privativas de libertad. El art. 148º del Código de Ejecución Penal anterior (Decreto Legislativo Nº 330, de 6 de marzo de 1985) incorporaba expresamente un conjunto muy amplio de facultades, a semejanza del modelo español, entre las que destacaban el conocimiento en vía de apelación de la clasificación y regresión en el tratamiento y de la aplicación de medidas disciplinarias, la aprobación de las sanciones de aislamiento en celda, la adopción de las decisiones necesarias para que las penas se cumplan de acuerdo a lo dispuesto por la sentencia, etc.

En puridad, lo que interesa al derecho procesal penal, como muy bien precisa HERCE QUEMADA, es la actividad procesal de ejecución de los actos de los órganos judiciales competentes destinados a promover la condena, conforme a las normas de la ley procesal penal, así como a la resolución de los incidentes de la ejecución y a declarar las modificaciones y extinciones que sobrevengan en las penas [7].

III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PENAL

MORENO CATENA [8] identifica un conjunto de principios esenciales de la ejecución penal. Los seis principios que rigen esta etapa procesal son los siguientes:

1. Principio de legalidad. El condenado, enervada la presunción constitucional de inocencia, ha de sujetarse al cumplimiento forzoso de la

---

[6] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 408.

[7] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal pena.*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 375-376.

[8] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 879-882.

pena y reparación civil impuesta. Este cumplimiento, empero, se realiza dentro del más estricto respeto a la ley. En tal virtud: **a)** no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen, según reza el art. VI del Título Preliminar del Código Penal; y, **b)** la ejecución penal ha de respetar los derechos no afectados por la condena (art. V del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal).

2. Principio del debido proceso. Si bien el condenado no está frente al Estado en una situación de inocencia y de igualdad, tiene derecho a exigir que la ejecución se cumpla del modo prevenido por la ley y a instar los incidentes de ejecución que fueran procedentes, en cuya realización no pueden obviarse el principio del contradictorio y la garantía del derecho de defensa.

3. Impulso de oficio. Impuesta la sentencia condenatoria, el Juez sentenciador, de oficio y sin esperar instancia del Fiscal o de parte, debe cursar las comunicaciones respectivas a la autoridad penitenciaria para su registro y ejecución, así como remitir lo actuado al Juez Penal para hacer efectiva la reparación civil (arts. 332º y 337º del Código de 1940 y arts. 394º y 395º del Código de 1991). Por consiguiente, la ejecución penal siempre es *forzosa*: la condena no puede cumplirse extraprocesalmente, aun cuando sea posible el cumplimiento voluntario del imputado.

4. Rigurosidad del Cómputo de las penas. El cómputo de la duración de la pena privativa de libertad se cuenta desde el momento en que el imputado perdió su libertad, si sufrió una medida cautelar de detención (art. 47º CP) o desde el momento en que el fallo de instancia le impuso pena efectiva (arts. 330º del Código de 1940 y 393º –con reservas– del Código de 1991). Las penas restrictivas de libertad (expatriación y expulsión) se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad (art. 30º CP). Las demás penas se computan desde que la sentencia que las imponga ha quedado firme.

5. Perspectiva resocializadora de las penas privativas de libertad. El art. 139º.22 de la Constitución impone a la ejecución penal, en concreto al régimen penitenciario, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; principio de carácter preventivo especial que ha sido desarrollado por el Código de Ejecución Penal.

6. Cumplimiento del fallo judicial en sus propios términos. El fallo es ejecutable, en tanto se trata de una resolución firme. Su ejecución se

hace con arreglo a sus propios términos, aunque puede darse una *transformación del objeto de ejecución*, tal como es de verse en la conversión de la pena de multa a pena de privación de libertad o a otra pena en el caso de los insolventes (art. 56º CP), en la conversión de las penas limitativas de derechos a penas privativas de libertad (art. 55º CP), en la revocatoria de la condena condicional y de reserva del fallo condenatorio (arts. 60º y 66º del CP), y en la revocatoria de la conversión de penas (arts. 53º y 54º CP).

IV. FUENTES

Las fuentes normativas que regulan la ejecución penal en nuestro ordenamiento jurídico no son uniformes. No existe un cuerpo legal único y autónomo. Ello explica las diversas de perspectivas de análisis jurídico.

En *primer lugar*, se tiene el *Código Penal*, que en diversas normas de la Parte General (Libro I: Títulos III, IV, y VI), fija lineamientos acerca de las penas y medidas de seguridad, de la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, de la conversión de penas y de su revocatoria, de la revocatoria al condenado que no paga la pena de multa, de la cesación de las medidas de seguridad, de la ejecución de la reparación civil, etc.

En *segundo lugar*, se encuentra el *Código de Procedimientos Penales*, que contiene disposiciones puntuales relativas a la ejecución de sentencias (Libro IV: Título VI, cumplimiento de sentencias). El Código Procesal Penal tiene un Título especialmente dedicado al tema: Título V del Libro V, denominado "Del cumplimiento de sentencias".

En *tercer lugar*, resultan aplicables las normas pertinentes del *Código de Ejecución Penal* (Título Preliminar y Título II: Capítulo IV, beneficios penitenciarios) y el conjunto de disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, que en unos casos tienen rango de ley y en otros son de carácter reglamentario.

En *cuarto lugar*, devienen aplicables las normas del *Código Procesal Civil* (Título V, Capítulo III: proceso de ejecución de resoluciones judiciales), vinculadas esencialmente al cobro de la reparación civil.

V. RÉGIMEN JURÍDICO

1. TÍTULO DE EJECUCIÓN

El único título para proceder a la ejecución penal es la sentencia condenatoria firme. Como ya se expuso, la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento no tienen ejecución propiamente dicha, toda vez que en esos casos sólo procede –de modo automático– el levantamiento o cesación de las medidas cautelares anteriormente aplicadas y la eliminación de los registros correspondientes (arts. 221º, segundo párrafo, y 284º del Código de 1940, así como arts. 256º y 303º del Código de 1991).

Por lo general, deben tratarse de sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales peruanos. Sin embargo, también es posible –merced a determinados tratados– ejecutarse en el Perú sentencias emitidas por tribunales extranjeros, que es el caso –por ejemplo– de la institución denominada *"Traslado de Condenados"* (v. gr.: Convenios con Estados Unidos de 6 de julio de 1979, Canadá de 22 de abril de 1980, España de 25 de febrero de 1986, Italia de 24 de noviembre de 1994, Venezuela de 12 de enero de 1996 y Bolivia de 27 de julio de 1996). Esta institución se encuentra reconocida en el Proyecto de Código de 1995 (Título IV del Libro Sexto "De la Cooperación Judicial Internacional"), la cual consiste en decidir si cabe el traslado de un condenado nacional de otro Estado hacia ese país, ordenando al efecto un procedimiento para apreciar la existencia de las condiciones que hacen operativa la institución.

Es de tener presente que sólo pueden ejecutarse las sentencias consentidas y/o ejecutoriadas [9]. Si las sentencias se encuentran impugnadas no tienen título de ejecución alguno. Es posible considerar, en tanto se entiende que el recurso sólo afecta al recurrente y al extremo cuestionado, que es ejecutable la sentencia en su extremo no impugnado o por los imputados no recurrentes, sin perjuicio –como señala MORENO CATENA– que les aproveche la sentencia superior o suprema estimatoria en lo que les fuera favorable [10]; rige en estos casos el efecto extensivo

---

[9] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 348.

[10] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 883.

del fallo superior o supremo, que como es lógico sólo puede configurarse en tanto favorezca al no impugnante.

2. ÓRGANOS DE LA EJECUCIÓN

En tanto la ejecución penal es una actividad jurisdiccional, el órgano ejecutor debe ser un órgano jurisdiccional, sin que a ello obste la intervención de otros profesionales y el concurso de la Administración Penitenciaria.

La competencia para conocer de la ejecución penal, tanto desde la perspectiva penal cuanto de la civil, corresponde al Juez Penal originario (arts. 337º del Código de 1940 y 395º del Código de 1991). La Competencia de la Sala Penal Superior, en los casos en que emite sentencia de primer grado, sólo se limita al conocimiento en vía de recurso de apelación de los incidentes de ejecución. Si bien el Código de 1940 prescribe expresamente que la ejecución civil es de competencia del Juez Penal, se entiende que también le compete el conocimiento de los incidentes de ejecución propiamente penal, en tanto no están expresamente atribuidos a la Sala Penal Superior.

Es de recordar que: **a)** la Sala Penal Superior funciona como Tribunal de Apelación en todos los casos, salvo en el procedimiento ordinario para delitos graves en el que dicta decisiones de primera instancia durante las etapas intermedia y de enjuiciamiento; y, **b)** que el Supremo Tribunal sólo conoce de las causas regulares vía recursal y por lo general de decisiones dictadas por el Superior Tribunal en primera instancia, siempre que pongan fin a la instancia. Por consiguiente, si se estimara que la competencia de la ejecución penal está reservada al órgano sentenciador, en numerosos casos se sancionaría *de facto* la instancia única.

En el procedimiento ordinario por faltas, es el Juez de Paz quien no sólo tiene a su cargo las actuaciones preliminares de la causa sino también es el competente para conocer de la ejecución.

El anterior Código de Ejecución Penal creó la figura del *Juez de Ejecución Penal* (art. 147º), destinado a controlar judicialmente la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva (clasificación de internos, medidas disciplinarias, beneficios penitenciarios, etc., art. 148º). Sin embargo, el nuevo Código de Ejecución Penal eliminó esta magistratura, posición que fue reafirmada por el art. 46º del TUO de la LOPJ al no

contemplarla expresamente como un órgano jurisdiccional distinto del Juzgado Penal propiamente dicho. No obstante ello, el último párrafo de dicha norma posibilita la creación, por decisión del propio Poder Judicial, de reinstaurarla atendiendo a las "*...necesidades del servicio judicial y a la carga procesal...*".

3. Partes en la ejecución

Si bien, con determinadas limitaciones, en el procedimiento de ejecución rigen los principios estructurales de contradicción y de igualdad de las partes, es de tener presente que en él –como anota Moreno Catena–, existen dos posiciones básicas: la del Ministerio Público, llamado a velar por el exacto cumplimiento de la sentencia, y la del responsable penal y civil, que han de cumplir con lo ordenado en el título [11]. Por otro lado, compartiendo la preocupación de Hinojosa Segovia, la víctima también tiene derecho a obtener tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos afectados por el daño producido por el delito [12], por lo que en esos extremos es posible su intervención en el incidente de ejecución y con mayor razón si durante las etapas anteriores se hubiera personado en la causa.

El Ministerio Público, en tanto el art. 1º de su Ley Orgánica le reconoce como misión la defensa de la legalidad y la persecución del delito, es obvio que debe intervenir en todas las diligencias de ejecución penal. Como tal, instará la apertura del procedimiento de ejecución correspondiente, ofrecerá pruebas e intervendrá en su actuación, dictaminará y, en su caso, recurrirá si la decisión judicial no la encuentra arreglada a derecho.

La condena y la reparación civil se exigen, aun de oficio por el Juzgado, al condenado y al responsable civil. El condenado tiene legitimación para intervenir en el procedimiento y postular que el fallo se cumpla con arreglo a sus propios términos y para instar los beneficios y extinciones que la ley prevea en su favor. El responsable civil, que siempre lo es el condenado y que también puede ser un tercero, tiene asimismo personería para intervenir en el procedimiento.

---

[11] En: Gimeno Sendra *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 887.

[12] En: De la Oliva Santos *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 775.

La víctima, en este último caso y sólo para los aspectos civiles del fallo, tiene personería para instar la pronta ejecución de la indemnización fijada en la sentencia [13]. Se entiende que carece de legitimación para las consecuencias penales de la sentencia, pues la ley sólo le reconoce intervención en el tema civil al afirmar la exclusividad de actuación del fiscal en los delitos públicos y semipúblicos. En el caso de los delitos privados, por su propia configuración, no existe esta limitación.

4. INCIDENTES DE EJECUCIÓN

El procedimiento ejecutivo reconoce, en lo esencial, cinco tipos de incidentes que pueden surgir con motivo de la ejecución de sentencias penales, sin que ello signifique desconocer otras incidencias menores, igualmente discontinuas en sí mismas, que cabrían deducirse ante el órgano jurisdiccional competente mientras se está haciendo efectiva la sanción.

Los incidentes típicos de ejecución son los siguientes: **a)** *revocación* de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 60º del CP), de la reserva del fallo condenatorio (arts. 65º y 66º del CP), de la sustitución y conversión de penas (arts. 32º, 53º y 54º del CP) y de la conversión de la pena limitativa de derechos (art. 55º del CP) y de la pena de multa (art. 56º del CP); **b)** *concesión y revocación* de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional (arts. 50º y 55º del CEP); **c)** *revisión* del título ejecutivo por conexión de delitos (art. 4º, Ley Nº 10124); **d)** *cesación* de la internación y *extinción o reducción* de la pena (arts. 75º y 77º del CP); y, **e)** *ejecución* de la reparación civil (arts. 337º del Código de 1940 y 396º del Código de 1991).

Estos incidentes integran el cuerpo mismo del procedimiento ejecutivo y tan sólo aparecen como accesorios con relación a la pena y a la reparación civil que se está cumpliendo o que debe comenzar a cumplirse. Por consiguiente, su formación no suspende la ejecución de las penas, consecuencias accesorias y medidas civiles impuestas en la condena.

Sin perjuicio de los incidentes que pueden surgir en el curso de la ejecución penitenciaria, el trámite incidental bajo la conducción del

---

[13] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1968, T. VII, p. 317.

Juez Penal, como ya se anotó, debe respetar los principios del contradictorio y de igualdad de armas. Aun cuando es menester reconocer la necesidad de contar con un verdadero procedimiento de ejecución, que regule el conjunto de trámites que pueden surgir durante la ejecución penal, en atención a los principios arriba expuestos es de sostener que la solicitud incidental debe merecer: **a)** la resolución judicial admisoria del incidente; **b)** el pertinente traslado a las demás partes personadas, para que contesten la solicitud incidental; **c)** la apertura de la incidencia a prueba por un plazo razonable siempre que el pedido lo merezca; **d)** la vista fiscal; **e)** la decisión judicial, previa vista de la causa, que además puede incluir el informe oral respectivo; y, **f)** la posible apelación y consiguiente trámite recursal ante el Tribunal Superior. El art. 90º del Código de 1940 regula el trámite incidental, que muy bien puede servir para la etapa de ejecución penal. El nuevo Código de 1991 permite la vía incidental a partir del art. 314º.

La resolución, anota CLARIÁ OLMEDO, debe producirse por medio de un auto. Por tanto, ha de ser motivada bajo sanción de nulidad: deben darse las razones por las cuales se niega o se acepta la petición, o se resuelve en uno u otro sentido [14].

A. Revocación de las penas alternativas a la privación de libertad

El Código Penal reconoce varios mecanismos alternativos para evitar las penas cortas privativas de la libertad. No sólo ha instituido las penas limitativas de derechos y potenciado la pena de multa, sino que además ha creado mecanismos de conversión y sustitución de la pena privativa de libertad por penas pecuniarias y limitativas de derechos, así como ha insistido en la condena condicional e incorporado la reserva del fallo condenatorio, sin perjuicio de introducir mecanismos revocatorios en caso de incumplimiento de las penas no privativas de libertad.

En todos estos casos es posible que el título de ejecución se modifique por actos posteriores al hecho que motivó la condena, vinculados al incumplimiento de las reglas de conducta impuestas en el fallo (v. gr.: arts. 60º, 65º y 66º del CP, referidas a la condena condicional y a la reserva del fallo condenatorio) o a las previsiones impuestas por la ley, como

[14] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 323.

es el caso de las penas de prestación de servicios comunitarios, de limitación de días libres y de multa (arts. 55º y 56º del CP), entre otros.

Corresponde al Juez Penal controlar el cumplimiento efectivo de las penas impuestas, con el concurso directo del Ministerio Público y, cuando corresponde, del Instituto Nacional Penitenciario. Resulta especialmente significativo el inciso 9 del art. 95º de la LOMP, que atribuye al Fiscal Provincial en lo Penal la potestad de solicitar la revocatoria de la condena condicional, acompañando al efecto el Atestado Policial correspondiente. De esta norma, sin duda alguna no limitada a la condena condicional, sino que puede ser extendida por razones de supletoriedad a toda solicitud vinculada al incumplimiento de reglas de conductas o de disposiciones legales, se advierte que el Fiscal tiene el poder suficiente para ordenar investigaciones preliminares a la Policía Judicial y sobre esa base plantear los requerimientos pertinentes instando la apertura del incidente de ejecución correspondiente.

B. Concesión y revocación de beneficios penitenciarios

1. El Código de Ejecución Penal vigente, siguiendo la experiencia del Decreto Ley Nº 17581 y del Código anterior reconoció un conjunto de beneficios penitenciarios. Se trata, según el art. 42º, de los siguientes: **a)** permiso de salida; **b)** redención de la pena por el trabajo y la educación; **c)** semilibertad; **d)** liberación condicional; **e)** visita íntima; y, **f)** otros beneficios, denominados en el art. 59º *recompensas*, tales como autorización para trabajar en horas extraordinarias, desempeñar labores auxiliares en la Administración Penitenciaria y concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas.

2. De estos seis beneficios penitenciarios, sólo son otorgados judicialmente la semilibertad y la liberación condicional. El Código anterior también consideraba la concesión de permiso de salida (art. 51º). El *incidente de ejecución penitenciaria* (beneficio penitenciario) se inicia con un expediente organizado por el Consejo Técnico Penitenciario, de oficio o a instancia del interno, conteniendo el testimonio de condena, el certificado de conducta, el certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, el certificado de cómputo laboral o estudio si lo hubiere y el informe sobre el grado de readaptación social del interno. Este expediente se remite al Juez Penal para su concesión o desestimación.

Los arts. 50º y 55º del Código de Ejecución Penal, modificados por la Ley Nº 27835, de 22 de septiembre de 2002, establecen el procedi-

miento que debe seguirse para decidir acerca del beneficio. El primer paso es la vista fiscal, en cuya virtud del Fiscal debe pronunciarse en el plazo improrrogable de 5 días. El segundo paso, recibidos los autos de la Fiscalía, estriba en el señalamiento de una Audiencia, que debe realizarse con la concurrencia del solicitante, el Fiscal y el Juez –lógicamente debe estar presente el defensor del interno, dada la naturaleza de la diligencia–. La Audiencia está sujeta a una formalidad estricta: lectura de las piezas más importantes del expediente de petición, alegato oral del Fiscal y, finalmente, alegato oral del Defensor. De esa diligencia se levantará el acta correspondiente, denominada "*Acta de la Audiencia*".

El Juez, finalizada la Audiencia, debe dictar la resolución final que corresponda. Para otorgar el beneficio penitenciario debe tomar en cuenta: **a)** la naturaleza del delito cometido; **b)** la personalidad del agente; y, **c)** la conducta del interno dentro del personal. Estos tres factores, se apreciarán en función a un pronóstico positivo, esto es, a que sea de estimar que el interno no cometerá nuevo delito. El Tribunal Constitucional ha establecido, al respecto, que el Juez para conceder un beneficio penitenciario debe estar a lo que dispone el Código de Ejecución Penal, así como a su "prudente arbitrio" [15], debiendo entenderse esa última frase como la evaluación ponderada, debidamente motivada, de los motivos que determinan al Juez a conceder el beneficio, en mérito a los tres factores legalmente previstos para efectuar la prognosis positiva. De igual manera, ha expresado que tratándose de un beneficio y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no sin que esto suponga un acto de arbitrariedad [16], aunque en otra decisión acotó que la motivación del auto debe ser respetuosa de lo dispuesto en el art. 139º.5 de la Constitución, no debe ser deficiente, esto es, debe contener –además de las razones que expresan los criterios jurídicos adoptados– el fundamento de derecho que exprese que la aplicación de las normas no es arbitraria [17].

---

[15] STC, Exp. Nº 1435-2002-HC/TC, Asunto Juan Amadeo Vásquez Garay, de 23 de julio de 2002 (Pizarro Guerrero, Miguel: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 407-409).

[16] STC, Exp. Nº 1181-2002-HC/TC, Asunto Orlando Víctor Bocanegra García, de 20 de junio de 2002 (Pizarro Guerrero: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., pp. 410-412.

[17] STC, Exp. Nº 1405-2002-HC/TC, Asunto Jesús Dimas Chávez Sifuentes, de 9 de julio de 2002 (Pizarro Guerrero: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., pp. 413-417.

La decisión del Juez Penal es apelable, en el plazo de tres días, ante la Sala Penal Superior, la que resuelve previa vista fiscal y vista de la causa. Lo primero se explica porque el Ministerio Público es parte en estos procedimientos y su representante en esa sede, el Fiscal Superior, debe hacerlo a través del dictamen respectivo; y, lo segundo, se fundamenta, en lo dispuesto en el art. 131º de la LOPJ.

3. La resolución judicial que otorgue el beneficio penitenciario debe imponer al interno las reglas de conducta establecidas en el art. 58º del Código Penal, que incluye reglas preestablecidas y otras que pueda fijar el juez en orden a la conveniencia para la rehabilitación social del agente. En el caso de la semilibertad, una regla de conducta expresa, consagrada en el art. 51º del Código de Ejecución Penal, es la de pernoctar en su domicilio, sujeto al control e inspección de la autoridad penitenciaria y del representante del Ministerio Público.

4. El trámite incidental, como ya se dejó expuesto, si bien se inicia con el expediente organizado por la Administración Penitenciaria, ello no significa que los documentos acompañados sean suficientes y únicos o que el Juez está definitivamente atado a ellos. Aun cuando la Ley no se ponga en este caso, resulta perfectamente compatible con la potestad jurisdiccional que el Juez, a iniciativa de las partes o de oficio inclusive, pueda abrir una fase probatoria brevísima a los efectos de actuar determinadas pruebas (informes periciales, constataciones, exámenes periciales, declaración de los Agentes del Penal, etc.). Esta posibilidad, que importa expresar una facultad implícita de la jurisdicción, más aún cuando se dilucida la libertad de una persona, ha sido expresamente reconocida por el Acuerdo Plenario Nº 9/97 de 16 de diciembre de 1997, que inclusive permite la notificación de la decisión a la parte civil bajo determinados límites [18].

5. Una especialidad procedimental dentro del *procedimiento de Beneficios Penitenciarios* está referida al delito de terrorismo, según lo dispuesto por el Decreto Legislativo Nº 927, de 20 de febrero de 2003. Esta norma, en *primer lugar*, limita los beneficios a la redención de la pena por el trabajo y la educación, y a la liberación condicional. En *segundo lugar*, respecto a los requisitos materiales para la liberación judicial, se

[18] *Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 106-112.

requiere que el interno haya cumplido efectivamente los tres cuartos de la pena impuesta, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de prisión preventiva, lo cual implica que no puede descontarse de la carcelería el beneficio de la redención de la pena por el trabajo y la educación, esto es, no puede haber acumulación de beneficios.

En *tercer lugar*, el procedimiento de liberación condicional exige mayores especificaciones al Informe del Consejo Técnico Penitenciario, así como la intervención del Ministerio Público, en la sesión de evaluación que lleven a cabo los expertos del Instituto Nacional Penitenciario, de la que levantará un acta. El Informe, a su vez, requiere contar con el certificado de domicilio expedido por la unidad sistémica especializada de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional, así como con los certificados de conducta de cada uno de los establecimientos penitenciarios en donde haya estado recluido el interno.

En *cuarto lugar*, se entiende que en sede judicial, luego del dictamen Fiscal, se llevará a cabo una Audiencia con asistencia de las partes, donde se dará lectura a las piezas más importantes –y pertinentes– que obren en el expediente (v. gr.: Informe sobre el grado de readaptación, acta de evaluación del interno, certificados varios), así como se producirán los alegatos de las partes.

En *quinto lugar*, el beneficio solicitado –como lo establece el art. 55º CEP, modificado por el artículo único de la Ley Nº 27835, de 22 de setiembre de 2002, se resuelve mediante auto motivado del Juez Penal. Como es obvio, no se trata de realizar un análisis formal de los documentos que obran en autos o que el Informe de Readaptación sea favorable al interno, el Juez muy bien puede discrepar de él [19]. La decisión del Juez Penal es susceptible de recurso de apelación.

En *sexto lugar*, complementariamente, la resolución concesoria del beneficio está sujeta a una serie de pautas de ejecución, vinculadas a las reglas de conducta y a las condiciones de la liberación. De igual modo, en atención a la naturaleza asociativa del delito en cuestión, se configuran

[19] El Acuerdo Plenario Nº 9/97, de 16 de diciembre de 1997, así se pronunció, orientando al Juez a que la información presentada deba ser objeto de una apreciación lógica-crítica e integral, sobre la base de los principios rectores que orientan el sistema y tratamiento penitenciario.

órganos de control, inspección y supervisión de los liberados, a la vez que se otorgan facultades y atribuciones de intervención muy intensas.

6. La revocatoria del beneficio penitenciario procede cuando el condenado beneficiado comete un nuevo delito doloso o incumple las reglas de conducta impuestas en el auto concesorio del beneficio (arts. 52º y 56º CEP). Corresponde al Ministerio Público el control del cumplimiento de las reglas de conducta y, en caso de incumplimiento, solicitar la revocatoria, acompañando al efecto el Atestado Policial respectivo (art. 95º.9 LOMP) cuando corresponda. La comisión de nuevo delito doloso requiere el boletín de condenas o el testimonio de condena.

En caso de revocatoria el Juez debe disponer la formación de un incidente, correr traslado al imputado y, de resultar necesario, abrir el incidente a prueba.

7. El Decreto Legislativo Nº 921, de 18 de enero de 2003, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 010-2002-AI/TC, recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo, flexibilizó el carácter absoluto de la cadena perpetua. El art. 1º estableció que la revisión de esta pena procederá luego de 35 años de privación de libertad.

El procedimiento de revisión está contemplado en el art. 59º-A del Código de Ejecución Penal, introducido por el art. 4º del Decreto Legislativo Nº 921. Según esa norma la revisión opera de oficio o a petición de parte ante el Juez que impuso la condena. A este respecto, el Consejo Técnico Penitenciario debe organizar el expediente en el plazo de 15 días, acompañando los documentos establecidos en el art. 54º del Código de Ejecución Penal (testimonio de condena, certificado de conducta, certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, certificado de cómputo laboral o estudio, e informe sobre el grado de readaptación del interno), a los que se agregarán los exámenes físico, mental y otros que considere convenientes.

El expediente debe ser de conocimiento del Fiscal, del interno y de su defensa, y de la parte civil, para que en el plazo de diez días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes. Este es un paso no previsto en los procedimientos para la semilibertad y la liberación condicional, y que, como se ha precisado, no aceptaron los Vocales Superiores de la República en el Acuerdo Plenario Nº 97.

Las pruebas se actúan en una audiencia privada, donde además se examinará al interno y las partes formularán sus alegatos. El auto de revisión se dictará al término de la audiencia o dentro de los tres días siguientes. Contra esa resolución procede recurso impugnatorio dentro del tercer día. El procedimiento recursal está simplificado al extremo: vista fiscal y decisión que absuelve el grado.

La decisión judicial, de declarar cumplida la condena y excarcelar al interno, o de declarar su mantenimiento, en cuyo caso después de un año se realizará una nueva revisión, de oficio o a petición de parte, siguiendo el mismo procedimiento, debe ser motivada. Para acordarla el juez debe tener "...en consideración las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno que permitan establecer que se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario". Es evidente, por cierto, que en los delitos asociativos, la condición para declarar cumplida la pena es la disociación del interno y su renuncia a los métodos criminales de comportamiento.

C. Revisión del título ejecutivo por conexión de delitos

En los supuestos de concurso real de delitos, cuando pese a ser conexos no hubiera sido posible acumularlos en un solo procedimiento, el art. 4º de la Ley Nº 10124, de 29 de diciembre de 1944, prescribe que en caso se hubieran seguido varios procedimientos y emitido sentencias independientes, es posible proceder a la revisión de los títulos ejecutivos. Obviamente, si se está pendiente de expedir sentencia en un caso, es decir, si ya se hubiera emitido sentencia en otros procedimientos y falta hacerlo en otro, que es el supuesto del *concurso real retrospectivo*, se aplican las reglas del art. 51º del Código Penal.

El citado art. 4º prescribe que las sentencias por delitos conexos no podrán ser modificadas en cuanto califican la naturaleza legal del hecho punible y la culpabilidad del agente, pero las penas y medidas de seguridad se tomarán en consideración para refundirlas en la penalidad o tratamiento único a que se haga acreedor por los cargos que resulten en cada nuevo juzgamiento con el mejor conocimiento de su personalidad criminal.

HURTADO POZO señala que esta disposición persigue que se imponga una sola pena proporcionada a la responsabilidad del agente, desde

que no se pueden acumular las penas, aplicando al efecto las reglas de individualización de la pena para fijar la penalidad refundida [20]. Es obvio, como sugiere el mismo autor siguiendo el Código anterior (art. 198º), que debe aplicarse el modelo instaurado por el art. 50º del Código Penal que regula el concurso real, por lo que rige la pena del delito más grave –ese es su marco legal–, tomándose en cuenta los otros delitos sin sobrepasar el máximo señalado para dicha infracción específica e incluyéndose las penas accesorias y medidas de seguridad previstas en alguna de las condenas objeto de refundición.

El *procedimiento de refundición* no está fijado en la ley. Lo primero que es del caso establecer es el órgano competente para revisar los títulos ejecutivos. La ley española, por ejemplo, encarga la revisión al órgano jurisdiccional que hubiera dictado la última sentencia (art. 988º, tercer párrafo, Ley de Enjuiciamiento Criminal). En nuestro caso, en cambio, como se trata de un incidente de ejecución debe hacerlo el Juez Penal, con lo que se tiende a unificar y radicar en el Juez Penal toda la competencia en materia de ejecución penal, sin perjuicio de la procedencia de los recursos de apelación y de nulidad en su caso (si uno de los procedimientos es ordinario para delitos graves). Esta opción jurídica ha sido asumida expresamente por el art. 395º del Código de 1991.

El resto del procedimiento exige no sólo petición del fiscal o del condenado, formación del cuaderno respectivo, traslado a las partes personadas, incorporar la hoja de antecedentes penales (hoja carcelaria), el boletín de condenas y, de ser necesario, los testimonios de condenas y los expedientes originarios. El incidente se resuelve previa vista fiscal y vista de la causa.

D. Cesación de la internación y extinción o reducción de la pena

El Código Penal contempla las medidas de seguridad tanto para los inimputables peligrosos cuanto para los imputables relativos (arts. 74º, 76º y 77º CP); dos son las medidas que reconoce el art. 71º del Código Penal: internación (privativa de libertad) y tratamiento ambulatorio (no privativa de libertad). Ambas medidas, por su propia naturaleza, son de duración indeterminada.

---

[20] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, pp. 592-593.

En el supuesto de la medida de internación contra inimputables (art. 74º CP), su duración no puede exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. En tanto se trata de una sanción indeterminada, su cesación opera por decisión judicial cuando se advierta que "...las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido", para lo cual corresponde analizar la pericia médica que periódicamente debe enviar la autoridad del centro de internación.

En el caso de *cesación de la internación*, el incidente puede iniciarse de oficio, sobre la base del informe psiquiátrico enviado por la autoridad del centro de internación, o a pedido del fiscal o del reo o su representante. El art. 75º, segundo párrafo, del Código Penal exige a la autoridad del centro de internación que cada seis meses envíe una pericia médica acerca del estado de salud mental del reo. Teniendo a la vista esa pericia y los actuados principales, previo dictamen fiscal y traslado al reo, se resolverá la cesación o continuación de la medida, sin perjuicio de solicitarse –si resultara estrictamente necesario– una pericia psiquiátrica por otros psiquiatras, distintos del centro de internación y, en su caso, procederse a un debate pericial. Jurídicamente no existe límite o regulación restrictiva al respecto, por lo que el criterio judicial que debe imperar es la seguridad de una correcta decisión arreglada a derecho.

La medida de seguridad de internación, al igual que la medida de tratamiento ambulatorio, también puede dictarse conjuntamente con la pena contra imputables relativos. El art. 77º del Código Penal extiende esta posibilidad a los toxicómanos y a los alcohólicos imputables. En este caso, señala el citado art. 77º del Código Penal, primero se ejecuta la medida de internación, computándose el período de privación de libertad por esa medida de seguridad como tiempo de cumplimiento de la pena: se trata al decir de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ de un *sistema dualista impropio* [21]. Una vez que se informa que el tratamiento ha concluido, corresponde decidir si el tiempo restante pueda *extinguirse, reducirse o mantenerse* sin modificaciones. En estos casos, se debe tener a la vista el expediente principal, la historia clínica del condenado, la pericia psiquiátrica del centro de internación. Se resuelve, previa vista fiscal y, de ser necesario, otra pericia psiquiátrica y debate pericial.

---

[21] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986", en: *Anuario de Derecho Penal '88*, Lima, 1988, p. 37.

E. Ejecución de las consecuencias económicas del delito

Las consecuencias económicas del delito, propios de la ejecución penal, tiene que ver con la efectivización de la reparación civil, de las consecuencias accesorias y de la multa.

E.1. De la reparación civil

Los arts. 337º del Código de 1940 y 396º del Código de 1991 remite a la ley procesal civil el procedimiento que ha de seguirse para la efectivización de la reparación civil, con intervención del Ministerio Público y las demás partes personadas en la causa.

El Código Procesal Civil regula la ejecución de sentencias firmes (art. 713º.1). En estos casos, la fase de ejecución se inicia requiriendo al obligado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzosa (art. 715º CPC).

Existen dos tipos de ejecución: **a)** *ejecución dineraria*, si se trata de sumas líquidas; y, **b)** *ejecución de entrega de una cosa*, si se trata de restitución de cosas. En el primer supuesto, se procederá a trabar embargo contra los bienes libres del condenado –siempre que anteriormente no se haya dictado dicha medida cautelar– y, luego, a iniciar el procedimiento de remate y, en su caso, de adjudicación (art. 725º CPC). En el segundo supuesto, con arreglo al art. 94º del Código Penal, es del caso disponer, si antes no se ha hecho, la previa *incautación o secuestro* de la cosa, medida que procede por hechos delictivos que hayan producido la privación de la misma a su legítimo poseedor, para luego decretar su inmediata devolución al agraviado o perjudicado, si es que antes no se hizo al amparo de lo dispuesto en los arts. 188º del Código de 1940 y 161º del Código de 1991. La restitución, como acota el art. 93º.1 del Código Penal, sólo se dispondrá si es posible física y jurídicamente; si la cosa ha sufrido menoscabos, éstos deben resarcirse al perjudicado, previa pericia.

Es de tener presente que si el condenado no tiene bienes realizables, esto es, en los supuestos de *ejecución dineraria* o de resarcimiento por menoscabos del bien secuestrado, el art. 98º del Código Penal autoriza a embargar hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil.

El procedimiento de ejecución de reparación civil se inicia de oficio o a instancia de parte. En él siempre interviene el Fiscal, el condenado y

su defensor y el perjudicado. El procedimiento de remate y, en su defecto, de adjudicación es el fijado en el Código Procesal Civil.

E.2. De las consecuencias accesorias

El art. 102º del Código Penal prevé el decomiso tratándose de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción. En el caso de las personas jurídicas, prescribe el art. 104º del Código Penal, procederá el decomiso de los beneficios que hubiera obtenido si el delito se perpetró en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, sólo si sus bienes fueran insuficientes.

El mecanismo que ha de utilizarse es el mismo que para el caso de *ejecución de entrega de una cosa.* Es obvio que obtenida la incautación o secuestro del mismo, tratándose de bienes, se devolverá al agraviado en los supuestos de acción restitutoria; y si se trata de otros *producta sceleris* (bienes producto del delito) y de los *instrumenta sceleris* (instrumentos del delito), es del caso proceder a su remate, siempre que sea necesario reparar a la víctima al no haberse resarcido el daño con el embargo de los bienes propios del condenado. Lo obtenido, luego de reparar a la víctima, pasa a favor del Tesoro Público. Los demás bienes y dinero ocupado, que no sean del caso disponer al pago de la reparación civil, se adjudicarán, sin más trámite y directamente, en favor del Estado. Téngase en cuenta que la primera obligación del Estado es el resarcimiento de la víctima y, luego, satisfecha esa obligación inclusive con los bienes objeto de decomiso –siempre, claro está, que no se trate de bienes intrínsecamente delictivos–, adjudicarse los bienes que sobren.

E.3. Del pago de la multa

La pena de multa, estipula el art. 41º del Código Penal, obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días–multa. Se entiende que en la sentencia debe establecerse, sobre las coordenadas fijadas en los arts. 41º, segundo párrafo, 42º y 43º del Código Penal, una suma líquida [22],

[22] Cfr.: PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal,* Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 342.

cuya omisión en todo caso debe suplirse en la etapa de ejecución. Dos son los criterios que deben tomarse en consideración en atención a la posición del reo: **a)** De modo general, como regla global, el importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado, el mismo que se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza; y, **b)** Si el condenado vive exclusivamente de su trabajo (ingresos por actividad dependiente: remuneraciones, o por actividades ejecutiva, directiva, profesional, artística, etc.), el importe del día-multa no podrá ser menor de 25% ni mayor de 50%.

El art. 44º del Código Penal señala que la multa debe ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. Se entiende que la sentencia debe estar firme y que no hace falta un requerimiento expreso, pues el cómputo se inicia de pleno derecho una vez que quedó firme el fallo. El pago de la multa, asimismo, puede ser efectuado en cuotas mensuales, lo que se hace a pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias por las que éste atraviesa.

La *incidencia de pago en cuotas*, señala el citado art. 44º del Código Penal, se inicia a exclusivo pedido del reo y el juez debe valorar si por su monto y las circunstancias del caso, vinculadas a las posibilidades o situación económica del condenado, puede aceptar su pago en cuotas mensuales, señalando al efecto su monto, el mismo que –sin duda– podrá ser reajustado si mejora o empeora su situación económica. Este incidente requiere, de ser el caso, la pertinente actividad probatoria y la necesaria intervención del Ministerio Público a fin de asegurar la legalidad de la decisión judicial

El art. 44º del Código Penal permite al órgano jurisdiccional cobrar la multa mediante el descuento de la remuneración del condenado, ya sea cuando se trata de pena única o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos (prestación de servicios comunitarios, limitación de días libres, inhabilitación, art. 31º CP) o con suspensión condicional de la pena (art. 57º CP). El descuento judicial no puede afectar los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia (el art. 648º.5 del CPC contiene una pauta que muy bien puede seguirse).

No es óbice, igualmente, que el Juez –previo requerimiento– pueda afectar al pago de la multa los bienes inmuebles o muebles del condenado, dictando la incautación o secuestro de los mismos para su ulterior

remate y, en su caso, adjudicación. Al respecto, el art. 56º del Código Penal prescribe esta posibilidad para el caso del condenado solvente.

Si por diversas circunstancias no es posible la cancelación de la multa, el órgano jurisdiccional, previo trámite incidental que permita la intervención de las partes principales, dispondrá la conversión de dicha sanción en pena privativa de libertad a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado. Si el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios comunitarios a razón de una jornada por cada siete días-multa impagos. Es de tener presente que cuando el art. 56º del Código Penal se refiere a las *jornadas* como factor de conversión, debe entenderse que al mencionar la pena limitativa de derechos, en rigor se circunscribe a la pena de limitación de días libres, excluyendo por completo a la pena de inhabilitación, dado que únicamente esta sanción al igual que la de prestación de servicios comunitarios se computa por jornadas (arts. 34º y 36º CP).

En los casos de penas conjuntas de privación de libertad y de multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida. La multa, sin embargo, aun cuando haya sido convertida a pena privativa de libertad (condenado solvente) o a limitación de días libres o prestación de servicios comunitarios (condenado devenido insolvente) puede hacerse cesar en cualquier momento si se paga, descontándose al efecto el equivalente de la pena privativa de libertad o limitativa de derechos cumplida a la fecha. La decisión judicial, en este caso, también requerirá intervención de las partes principales y previa vista fiscal.

F. Otros incidentes de ejecución

Un incidente de ejecución, sostiene CLARIÁ OLMEDO, puede versar, de un lado, sobre temas vinculados a la habilidad del título ejecutivo para dar fundamento al procedimiento de ejecución, esto es, a su existencia jurídica y a su propia ejecutabilidad o ejecutividad, tales como ausencia o ilegalidad de la notificación de requerimiento, pendencia de un recurso, condena diversa a la que se quiere ejecutar y otras cuestiones similares que afecten total o parcialmente el título ejecutivo [23]. Está

[23] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 330.

excluido, desde luego, todo tema vinculado a una cuestión ya propuesta o que pudo proponerse, o que se resolvió o pudo resolverse definitivamente durante el período declarativo o en la misma sentencia, así como todo ataque a la sentencia que pudo ser materia de una impugnación ordinaria u extraordinaria (v. gr.: nulidad de pruebas de cargo, presencia de nuevas pruebas, causas de extinción de la acción penal, errores *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia, etc.). Al respecto, Giovanni LEONE expresa que queda fuera del incidente de ejecución toda cuestión que haya sido explícita o implícitamente resuelta por la providencia que viene en ejecución y toda cuestión que afecte a *vitia in procedendo* relativos al proceso concluido con la providencia que viene en ejecución; no se puede abordar todo lo que está cubierto por la cosa juzgada [24].

Por otro lado, un *incidente atípico de ejecución* también puede instaurarse cuanto está referido a cuestiones que tienen su fundamento en acontecimientos que se refieran al inicio, desarrollo, extinción o agotamiento de la sanción o reparación civil impuesta, que deban ser jurisdiccionalmente controlados. Es de mencionar, por ejemplo, los problemas vinculados a la ejecución de la multa y de las consecuencias accesorias, así como a la conclusión de la ejecución, etc.

VI. EJECUCIÓN DE LAS PENAS

El Código Penal prevé cuatro clases de penas. El art. 28º menciona las siguientes penas: **a)** privativa de libertad (art. 29º); **b)** restrictivas de la libertad (expatriación y expulsión, art. 30º); **c)** limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación, art. 31º); y, **d)** multa (art. 41º).

Como acto preparatorio de la ejecución, el órgano jurisdiccional de Instancia que emitió la sentencia de primer grado (Juzgado Penal o Sala Penal Superior, según el caso) debe elevar a la Corte Suprema un testimonio de condena para su inscripción en el Registro Judicial y remitir dos testimonios de condena al Instituto Nacional Penitenciario

[24] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. III, p. 529-530.

(un testimonio a su Registro Central y el otro al Establecimiento Penitenciario donde sufrirá la sanción), tal como lo disponen los arts. 332º del Código de 1940 y 394º del Código de 1991.

Emitida sentencia de primera instancia, el principio rector es que la pena privativa de libertad se cumple aunque se interponga contra ella el correspondiente recurso. Las excepciones funcionan para las penas de multa, restrictivas de la libertad y limitativas de derechos. El art. 393º del Código de 1991 permite que el órgano jurisdiccional, en los casos de penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de la libertad efectivas, pueda optar por su inmediata ejecución o imponer alguna restricción similares a las previstas en el art. 143º del Código; posibilidad no contemplada en el Código de 1940.

Es de entender, sin embargo, como explica Clariá Olmedo, que ello no es propiamente ejecución procesal, en cuanto expresión de la represión penal, sino sencillamente *prevención procesal* como consecuencia de no reconocer en determinados casos el efecto suspensivo a los fallos recurridos, aun cuando algunas medidas preventivas se aplican en función de criterios sustanciales, y en su mérito, se ejecutan con anterioridad a la adquisición de la cosa juzgada, dado que se imponen sencillamente para prevenir determinados inconvenientes al proceso [25].

1. Pena privativa de libertad

La ejecución de la pena privativa de libertad corresponde al Instituto Nacional Penitenciario. A la Administración Penitenciaria compete ubicar al interno en el correspondiente Establecimiento Penitenciario (art. 2º, CEP). Según el art. IV del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, el tratamiento penitenciario, esto es, las medidas o influencias dirigidas a modificar o reorientar la conducta criminal del interno, se realiza mediante el sistema progresivo; a su vez el tratamiento penitenciario, que consiste en la utilización de una serie de métodos interdisciplinarios en orden a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad (art. 60º), es individualizado y grupal, a tenor de lo dispuesto en el art. 61º.

---

[25] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, pp. 298-299.

Durante la ejecución de la pena privativa de libertad, el interno tiene derecho a formular quejas y peticiones ante la autoridad penitenciaria (art. 14º CEP); y, si no es atendido, puede recurrir al Ministerio Público, quien previa investigación preliminar, instará a la Administración Penitenciarias las correcciones que correspondan. La autoridad judicial, como ya se anotó, sólo decide en los casos de beneficios penitenciarios que importen excarcelación (arts. 50º y 55º CEP). Por otro lado, aun cuando no se encuentra taxativamente indicado en el CEP, si la pena debe acortarse por aplicación del beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y la educación, en tanto se trata de una modificación objetiva de la misma, la excarcelación sobre la base del análisis y procedencia de dicho beneficio penitenciario debe ser decidida por el juez encargado de la ejecución penal. Si se entiende que ésta es decidida libremente por la Administración Penitenciaria, se estaría vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional y se distorsionaría el alcance de la jurisdicción, en tanto que lo que ella decide debe ser modificado por la propia autoridad judicial.

2. PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

El art. 30º del Código Penal preceptúa que las penas de expatriación (prevista para los nacionales) y de expulsión del país (circunscrita a los extranjeros) se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad. En este caso, enfatiza el art. 118º del Código de Ejecución Penal, el Director del Establecimiento Penitenciario pondrá al interno que cumplió la pena privativa de libertad a disposición de la autoridad competente (de Migraciones) y a la Policía Nacional para que le dé cumplimiento. En este caso se debe dar cuenta al Juez de ejecución.

3. PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Las penas limitativas de derechos son de tres órdenes, siguiendo el modelo brasileño: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación. Estas penas pueden ser autónomas o imponerse mediando sustitución de penas o conversión de las mismas (arts. 32º y 52º CP).

La pena de *prestación de servicios a la comunidad*, conforme postulan Borja MAPELLI CAFFARENA y Juan TERRADILLOS BASOCO, evita la segregación

del condenado y estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social [26]. El art. 34º del Código Penal, obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Esta pena se cumple en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos. El Código de Ejecución Penal señala, *primero*, que el INPE coordina con las instituciones asistenciales, hospitalarias, etc., a efectos de conocer sus necesidades para asignar la prestación de servicios (art. 119º); *segundo*, que la prestación de servicios se realiza, preferentemente, en el lugar del domicilio del penado (art. 120º); y, *tercero*, que la supervisión está a cargo de la Administración Penitenciaria, la cual informará periódicamente al juez que conoció del proceso y al Fiscal (art. 121º).

Corresponde al Juez de Ejecución controlar la debida ejecución de la pena en referencia y el cumplimiento del INPE de sus obligaciones de coordinación y supervisión de la ejecución de la pena.

La pena de *limitación de días libres* en cuanto a su régimen de cumplimiento consiste, a tenor de lo dispuesto en el art. 35º del Código Penal, en la obligación del penado de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. Se trata, en rigor, de una pena corta privativa de la libertad caracterizada por su cumplimiento discontinuo y traduce un importante "efecto shock" en el delincuente [27], aunque –como anotan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros– sin alterar gravemente sus actividades normales [28]. Funciona, en orden a sus modalidades, como pena principal o autónoma (v. gr.: art. 164º, CP), como sustitutiva de la pena privativa de libertad (art. 32º, CP) o como conversión de dicha pena (art. 52º, CP).

---

[26] MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, p. 176.

[27] REBOLLO VARGAS, Rafael: "El arresto de fin de semana", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 274-275.

[28] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 295.

Corresponde a la Administración Penitenciaria organizar los Establecimientos para las penas de limitación de días libres (art. 122º, CEP), lo que implica que debe tratarse de Centros distintos de los propiamente penitenciarios y que dicha pena debe cumplirse separadamente de la pena privativa de libertad. El Instituto Nacional Penitenciario también debe gestionar su implementación y proporcionar los profesionales necesarios para orientar al penado a efectos de su inhabilitación (art. 123º, CEP).

La Ley Nº 27030, publicada el 30 de diciembre de 1998, denominada *"Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres"*, ratificando lo dispuesto por el Código de Ejecución Penal, prescribe que el Instituto Nacional Penitenciario es el organismo responsable de la ejecución de dichas penas. Como tal: **a)** coordina con las denominadas *"entidades receptoras"*–a las que designa para que el sentenciado preste en ellas servicios gratuitos (pena de prestación de servicios comunitarios) o para que brinden al sentenciado apoyo educativo gratuito (pena de limitación de días libres)– el cumplimiento de ambas penas; **b)** evalúa al sentenciado; **c)** designa la entidad en la que se va a realizar la prestación del servicio; **d)** supervisa el cumplimiento de las penas; **e)** informa al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público sobre la ejecución de la pena; y, **f)** lleva un registro de entidades receptoras sujetas al plan de prestación de servicios y de apoyo educativo.

Desde el punto de vista de la ejecución procesal penal resulta interesante destacar, en *primer lugar*, que corresponde al órgano judicial remitir al Instituto Nacional Penitenciario copia certificada de la sentencia firme, indicando además el domicilio del sentenciado (art. 5º, inc. 'a'); en *segundo lugar*, que en caso de incumplimiento de la sentencia impuesta, el Jefe del Órgano Técnico de Penas Limitativas de Derechos del Instituto Nacional Penitenciario, encargado de supervisar a la entidad receptora y al propio sentenciado, debe dar cuenta al juez de la causa, a fin de iniciar el incidente de conversión de ambas penas según lo dispuesto en el art. 55º del Código Penal (art. 5º, inc. 'd.3'); y, en *tercer lugar*, que una vez cumplida la sentencia, el citado funcionario debe dar cuenta al juez y solicitar la rehabilitación del condenado, acompañando la documentación acreditativa correspondiente.

Es de entender, sin perjuicio de lo dispuesto en la indicada ley, que en tanto la ejecución penal –al integrar la potestad jurisdiccional– está intervenida judicialmente, las posibilidades de control jurisdiccional son

de hecho muy amplias y, por cierto, rebasan las indicadas genéricamente en la ley analizada. Además, el Ministerio Público –en cuanto promotor de la acción judicial en defensa de la legalidad, como lo dispone el art. 159º.1 de la Constitución– está facultado a realizar labores de inspección independiente tanto a las entidades receptoras cuanto al propio Instituto Nacional Penitenciario, así como a realizar las investigaciones correspondientes, disponiendo inclusive la intervención de la Policía Judicial, para los efectos de la formación de los incidentes de revocación y la interposición de solicitudes o peticiones que sea del caso llevar a cabo.

Por otro lado, el art. 55º del Código Penal regula la conversión de las penas de prestación de servicios comunitarios o la limitativa de días libres en caso de incumplimiento injustificado de las jornadas impuestas en la sentencia. El elemento procesal del régimen general de conversión consiste en que el Juez de ejecución, previa información de la Administración Penitenciaria o del Ministerio Público, que tiene atribución de supervigilancia de la Administración Penitenciaria (art. 95º.8, LOMP), debe abrir un *incidente de conversión*. La decisión se adoptará previo traslado de la solicitud de conversión al condenado, apertura del incidente a prueba si el caso lo amerita y vista fiscal. Se entiende que si el reo no contesta el traslado o no es habido por una u otra circunstancia, el juez debe proseguir con el trámite incidental, toda vez que no es aplicable la norma de la prohibición de condena en ausencia desde que se trata de un reo rematado o condenado.

La pena de *inhabilitación*, en cuanto priva, suspende o incapacita del ejercicio de determinados derechos civiles y políticos inclusive (art. 36º CP), debe efectivizarse por la autoridad judicial cursando las órdenes correspondientes a los Registros y autoridades encargadas, tales como la Dirección de Transportes, de Tránsito de Control de Armas, Registros Públicos, Ministerios, Universidades, sistema electoral, etc.

4. Condena condicional y reserva del fallo condenatorio

La *condena condicional* o *suspensión de la ejecución de la pena* importa la imposición al penado en el propio fallo judicial de reglas de conducta por un plazo determinado (arts. 57º y 58º del CP). Corresponde al Juez de la Ejecución controlar el debido cumplimiento de las reglas de conducta, con el concurso independiente del Ministerio Público, durante todo el período de suspensión.

Los arts. 59º y 60º del Código Penal permiten desde revocar la suspensión de la pena hasta prorrogar el período de suspensión o amonestar al infractor. Se entiende que la revocatoria por la imposición de una condena por la comisión de un nuevo delito doloso (art. 60º CP) corresponde dictarla al Juez que va a dictar sentencia por el segundo delito; empero, si la existencia de la condena condicional no fue de conocimiento del Juez del segundo delito, el Juez de la ejecución del primer delito se encargará de revocar la condena condicional y ejecutar la pena suspendida. En ambos casos, si la pena por el segundo delito es privativa de libertad, ambas sanciones sencillamente se suman.

En todos los casos previstos en el art. 59º del Código Penal: amonestación, prórroga del período de prueba y revocación de la suspensión (la cual, por lo demás, también puede dictarse por *incumplimiento reiterado* de las reglas de conducta impuestas), como es obvio, debe abrirse el correspondiente *incidente de infracción durante el período de prueba.* Este incidente requerirá la previa audiencia de las partes; el Fiscal si es quien solicita la medida, acompañará al efecto el Atestado Policial (art. 95º.9, LOMP), se correrá traslado de la misma al imputado, se abrirá el incidente a prueba si el caso lo amerita y se resolverá inmediatamente. La víctima puede solicitar la revocatoria, según ha sido entendido cotidianamente por la judicatura, sólo en el caso de que el penado no cumpla con reparar los daños ocasionados por el delito en su agravio.

Si el penado durante el período de suspensión o plazo de prueba no comete nuevo delito doloso ni infringe de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia, la condena se considera como no producida, tal como lo estipula el art. 61º del Código Penal. Esta medida se cumple, como es obvio, cursando la comunicación respectiva, acompañando copia certificada de la resolución judicial pertinente, al Registro Central de Condenas para su respectiva anulación.

La *reserva del fallo condenatorio,* igualmente, importa la imposición de reglas de conducta por un plazo determinado, no mayor de tres años (art. 62º *in fine* CP). Esta medida especial, al igual que la condena condicional, se inscribe en el Registro Central de Condenas (art. 63º CP, modificado por Ley Nº 27868, de 20 de noviembre de 2002). Por otro lado, también está sujeta a revocación, prórroga del régimen de prueba y advertencia o amonestación (arts. 65º y 66º CP). En estos casos, el Juez de la ejecución, al igual que en el supuesto precedente, abrirá el *incidente de*

infracción respectivo, con citación de las partes. Si el régimen de prueba no fuera revocado será considerado extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado (art. 67º CP).

5. Quebrantamiento de las penas sustituidas y convertidas

El Código Penal permite al órgano jurisdiccional sentenciador tanto sustituir penas cuanto convertir penas, en las condiciones previstas en sus arts. 32º y 52º. La *sustitución*, de fuente brasileña (art. 44º *in fine* del Código Penal del Brasil), funciona para la pena privativa de libertad y en relación a las penas limitativas de derechos, mientras que la *conversión*, cuya fuente es el Código Penal Tipo para Latinoamérica (arts. 80º-81º), procede respecto de la pena privativa de libertad y en relación a las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, siempre que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio [29].

En caso de incumplimiento injustificado del pago de la multa o de la prestación de servicios comunitarios o de limitación de días libres, cuando se trata del instituto de la conversión de penas [30], el art. 53º del Código Penal prevé la revocación de la conversión y la respectiva ejecución de la pena privativa de libertad impuesta (en la sentencia, como es obvio, debió fijarse la pena privativa de libertad en su medida exacta y, luego, precisarse la dimensión de la pena convertida). En estos casos, el Juez de ejecución abre un *incidente de revocación de la conversión*, con audiencia de las partes, y decide previa apertura del incidente a prueba, si fuera el caso, y vista fiscal.

El art. 54º del Código Penal también prevé la revocatoria de la conversión cuando el penado comete un delito doloso sancionado en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años. Esta situación no da lugar a un incidente de revocación ni a la intervención del Juez de Ejecución, puesto que la ley reserva esta medida al Juez que emite sentencia por el segundo delito.

---

[29] Cfr.: Prado Saldarriaga, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, Idemsa, Lima, 1996, T. I, pp. 118 y 124.

[30] No existe norma respecto al instituto de la sustitución, lo que al decir de Prado Saldarriaga hace imposible acudir a la revocatoria en caso de incumplimiento (*Todo sobre el Código Penal*, cit., T. I, p. 120).

VII. CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN

GÓMEZ COLOMER señala que la conclusión o terminación de la ejecución se produce tanto por causas normales o intrínsecas al cumplimiento de la pena, cuanto por causas anormales o externas [31].

1. CAUSA NORMAL

El cumplimiento de la condena es la primera y única causa normal o modo normal de conclusión de la ejecución penal. Tratándose de pena efectiva privativa de libertad ésta debe agotarse y cumplirse hasta el día fijado en el fallo, salvo los supuestos de acortamiento por aplicación del beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y la educación. En ambos casos se requiere, en primer lugar, la comunicación de la autoridad penitenciaria dando cuenta de la fecha propuesta de libertad; y, en segundo lugar, la respectiva decisión judicial de excarcelación, que se denomina *licenciamiento definitivo*, en cuya virtud el órgano jurisdiccional aprueba la libertad definitiva del penado.

El art. 69º del Código Penal señala que en estos casos se produce la *rehabilitación* de pleno derecho, sin más trámites; no hay necesidad, como existía en el Código Penal de 1924 (arts. 130º y 131º), de un procedimiento formal ni acreditar requisitos adicionales al mero cumplimiento de la pena. En tal virtud, se restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos, salvo en lo concerniente a los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y, se le cancela los antecedentes penales, judiciales y policiales. Producida la rehabilitación, reza el art. 70º del Código Penal, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta, no pueden ser comunicados a ninguna entidad o persona.

En tanto la ley impone la rehabilitación automática y sin más trámites, no cabe abrir incidente de rehabilitación alguno. El Juez, de oficio o a pedido del penado, deberá, luego de constatar el cumplimiento de la sanción, disponer las restituciones que sea del caso ejecutar y cancelar los antecedentes generados.

---

[31] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 423.

2. CAUSAS ANORMALES

Doctrinalmente, como acota GÓMEZ COLOMER, se citan como causas anormales de terminación de la ejecución penal: **a)** la muerte del condenado, **b)** la prescripción de la pena o medida de seguridad, **c)** el indulto –incluimos la amnistía–, **d)** el perdón del ofendido en los delitos privados y **e)** la estimación de la acción de revisión y de una acción de garantía constitucional [32]. En estos casos, dicen VIADA-ARAGONESES, la ejecución penal se cumple anticipadamente por la presencia de un fenómeno o acaecimiento que provoque la extinción o terminación anormal de la pena [33].

Es de tener presente que art. 85º del Código Penal señala taxativamente los casos de extinción de la ejecución de la pena. Dicha norma incorpora a la *exención de pena* y la *amnistía*, conjuntamente con la muerte del penado, el indulto, la prescripción, el cumplimiento de la pena y el perdón del ofendido.

A. Muerte del condenado

La muerte del condenado es causa de extinción de la pena, pues ésta no puede ejecutarse por su carácter estrictamente personal si el penado ha fallecido. Ello, al decir de RANIERI, extingue además todos los efectos penales –no civiles– de la condena, teniendo vigencia el principio *mors omnia solvit*: la muerte disuelve todos los vínculos [34].

B. Exención de pena

Cabe aclarar que la *exención de pena*, regulada en el art. 68º del Código Penal, en estricto sentido no es un supuesto anormal de terminación de la ejecución penal. Se trata de una institución especial de derecho penal que excluye la imposición de una pena en los delitos sancionados con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima. JESCHECK, siguiendo la ley alemana, la denomina *dispensa de pena* y aclara que no se trata de una modalidad de determinación de pena, sino de una

---

[32] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 423.

[33] VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 297.

[34] RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1975, T. II, p. 364.

sanción especial del Derecho Penal, cuya peculiaridad consiste en que se condena el reo por el delito cometido, pero no se le impone una pena [35].

Como sugiere ROY FREYRE, la *exención de pena*, entendida como causa anormal de terminación de la ejecución, procede en los supuestos de aplicación del derecho penal premial para los condenados que colaboren eficazmente con la administración de justicia. Es una causal que se presenta con posterioridad al hecho punible y a la sentencia firme que condena a su autor o partícipe [36]. Se encuentra prevista, aunque bajo el *nomen juris* de *remisión de pena*, para los delitos de tráfico de drogas (Decreto Legislativo Nº 824) y los delitos agravados y terrorismo agravado (Ley Nº 27378). El procedimiento para su otorgamiento es el especial de colaboración eficaz y no uno ordinario de ejecución penal.

C. Derecho de gracia

El derecho de gracia, en cuanto medida de naturaleza política, está integrado por cuatro instituciones: la amnistía, el indulto, el derecho de gracia propiamente dicho y la conmutación de penas. La *amnistía* es otorgada por el Congreso (art. 102º.6 Const.), mientras que el *indulto* por el Presidente de la República (art. 118º.21 Const.). El art. 89º del Código Penal estatuye, en primer lugar, que la amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. La amnistía, al decir de Silvio RANIERI, puede ser *propia*, si se concede antes de la condena irrevocable, e *impropia* si se concede después [37]. Desde luego, para los efectos de la ejecución penal, nos interesa la amnistía impropia, la cual hace cesar las penas principales y accesorias, no así la reparación civil al no tratarse propiamente de un efecto penal de la condena.

El citado art. 89º del Código Penal, en segundo lugar, estipula que el indulto suprime la pena impuesta. Presupone una sentencia condenatoria firme y se limita a modificar la relación punitiva condonando la pena impuesta. Es una remisión total de la pena, la hace desaparecer. Como tal, señala Sebastián SOLER, es un perdón y extingue la pena, quedando subsistentes las condenas civiles [38]. En nuestro sistema jurídico

---

[35] JESCHECK: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., Vol. II, p. 1175.

[36] ROY FREYRE, Luis: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1998, p. 244.

[37] RANIERI: *Manual de Derecho penal*, cit., T. II, p. 364.

[38] SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1983, T. II, pp. 462-463.

el indulto, como la amnistía, en lo que se refiere a la excarcelación, se ejecuta por la Autoridad Penitenciaria con la sola expedición de la Ley o el Decreto Supremo correspondiente.

El *derecho de gracia*, otorgado por el Presidente de la República, no constituye causa anormal de conclusión de la ejecución, sólo es una causa de extinción de la acción penal que opera antes de la sentencia condenatoria. Por tanto, no es relevante a los efectos de la terminación de la ejecución penal.

La *conmutación de penas*, prevista en el art. 118º.21 de la Constitución, importa la sustitución, realizada por el Presidente de la República en ejercicio del derecho de gracia que le confiere la Ley Fundamental (acto político), de una pena impuesta por sentencia ejecutoriada por otra de menor gravedad. Se trata, en puridad, de un indulto relativo, por lo que importa, según enseña FONTÁN BALESTRA, una remisión parcial de la pena [39].

ROY FREYRE sostiene que el reemplazo por otra pena sólo puede ser por la que le sigue en estricto orden decreciente en la escala legal, como por ejemplo pena de muerte por cadena perpetua, y ésta por la privativa de libertad no menor de 25 años [40]. Por nuestra parte, empero, no consideramos –vista la amplitud del derecho de gracia que reconoce la Constitución y la ausencia de límites legales al respecto– que la conmutación en tanto atribución presidencial pueda estar limitada al orden decreciente estricto de la escala penal, pues muy bien puede saltar hacia otras sanciones, obviamente menos graves, y dentro de los mínimos y máximos fijados en ellas.

D. Perdón del ofendido

El *perdón del ofendido*, que por cierto debe ser prestado de modo expreso y sin condiciones, es una causal que opera exclusivamente en los delitos privados. Es, apunta Sebastián SOLER, un acto unilateral del ofendido cuyo efecto consiste, *per se*, en la extinción de la pena, independientemente de cualquier voluntad del reo [41]. Impuesta la pena mediante fallo firme, el ofendido puede formular el perdón ante el Juez de ejecución. El perdón opera automáticamente y no es renunciable

---

[39] FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed. (2ª reimpr.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, T. III, p. 455.

[40] ROY FREYRE: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., pp. 250-251.

[41] SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., T. II, p. 464.

por el ofensor. El Juez deberá declarar sin efecto la sanción y ordenar la anulación o cancelación de los antecedentes que el delito generó.

E. Prescripción de la pena

La prescripción de la pena también es una causal de terminación de la ejecución. El art. 86º del Código Penal le fija el mismo plazo para que opere que el de la prescripción de la acción penal. Se computa desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme. Ambos códigos rituales le dan un tratamiento de excepción, pese a que en el presente caso no se trata de un presupuesto procesal incumplido, sino de una extinción de la pena o de una terminación o conclusión de la ejecución, según la perspectiva material o procesal que se adopte. En tal virtud, el Juez de ejecución, ante un pedido de esa naturaleza, debe darle el trámite incidental de las excepciones.

F. Anulación del título de ejecución

Finalmente, la sentencia condenatoria puede ser *rescindida* al ampararse una acción de revisión o una acción de garantía constitucional. En el primer caso lo hace la Corte Suprema, a través de su Sala Plena (Código de 1940) o de su Sala Penal (Código de 1991). En el segundo caso la anulación del fallo condenatorio es obra de la Sala Especializada del Poder Judicial o, en mérito a un recurso extraordinario, por el Tribunal Constitucional, al declarar fundada una acción de amparo o de hábeas corpus por vulneración del debido proceso o de una garantía de la ley penal.

Otro caso de anulación, según destaca HINOJOSA SEGOVIA, puede provenir de un Tribunal Regional de Derechos Humanos, en nuestro caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estimar que el Estado ha vulnerado los derechos fundamentales de un ciudadano previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos [42]. Un caso típico es el de "*Loayza Tamayo*" [43], en cuya virtud el Poder Judicial dictó la inmediata libertad de una persona que había sido condenada con ostensible violación de la Convención.

---

[42] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 808.

[43] SCIDH de 17 de setiembre de 1997.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABAD YUPANQUI, Samuel: "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales", en: *Lecturas Constitucionales*, Nº 10 (*La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2000.

AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913.

AGUILERA MORALES, Marien: *El principio de consenso*, Cedecs, Barcelona, 1998.

ALARCÓN BRAVO, Jesús: "La práctica extradicional: Cuestiones", en: *Boletín de Información*, Año LIII, Nº 1848, Madrid.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo (h): *Derecho procesal penal*, T. III, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

ALMAGRO NOSETE, José: "Teoría general de la prueba en el proceso penal", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

ALMAGRO NOSETE, José: *Instituciones de Derecho procesal*, T. III (*Proceso penal*, 1), Trivium, Madrid, 1993.

ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1994.

ALONSO PÉREZ, Francisco: "El atestado policial. Innovaciones introducidas por la Ley 38/2002, de 24 de octubre", en: *Diario La Ley*, Nº 5679, Año XXIII, Madrid, 18 de diciembre de 2002.

ALONSO PÉREZ, Francisco; DELGADO MARTÍN, Joaquín; BARALLAT LÓPEZ, Juan; PASTOR MOTTA, Luis: *Los juicios rápidos*, Colex, Madrid, 2002.

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, T. II, EDIAR, Buenos Aires, 1942.

ÁLVAREZ, Alejandro E.: "El procedimiento intermedio", en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ÁLVAREZ CANALÉ, Alcindo: *La instrucción procesal penal en la jurisprudencia*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002.

ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974.

AMBOS, Kai: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1998.

AMBOS, Kai: "Control de la policía por el fiscal *versus* dominio policial de la instrucción", en: *Tribunales de Justicia*, Nº 3, marzo, Madrid, 2002.

ANDÍA CHÁVEZ, Juan: *Repertorio de Jurisprudencia Penal*, Grijley, Lima, 1996.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: "El Ministerio Fiscal entre el «viejo» y «nuevo» proceso", en: AA.VV.: *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: "La función de las garantías en la actividad probatoria", en: AA.VV.: *Valoración de la prueba*, F&G Editores, Guatemala, 1996.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1996.

ANITUA, Gabriel Ignacio: "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en: HENDLER, Edmundo S. (Comp..): *Las garantías penales y procesales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

APARICIO CALVO-RUBIO, José: "Dimensión constitucional de la "*reformatio in peius*" en el proceso penal", en: *Actualidad Penal*, 1988-1, Madrid, 1988.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544º bis", en: *La Ley. Actualidad Penal*, XI, Madrid, 2000.

ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, PPU, Barcelona, 1991.

ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

ARMENTA DEU, Teresa: "Pena y proceso: Fines comunes y fines específicos", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, Fascículo II, Madrid, 1995.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991.

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

ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

ASENCIO MELLADO, José María: "Los derechos contemplados en el art. 8º del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", en: *Seminario sobre la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998.

BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, T. III, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

BACIGALUPO, Enrique: "Doble instancia y principio de inmediación", en su: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos humanos*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

BACRE, Aldo: *Teoría general del proceso*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

BANACLOCHE PALAO, Julio: *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

BANACLOCHE PALAO, Julio: "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos en el derecho español", en: *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitát Valenciana, Valencia, 1998.

BARATTA, Alessandro y SILBERNAGL, Michael: "La legislación de emergencia", en: *Doctrina Penal*, Año 8, Nº 29 a 32, Buenos Aires, 1985.

BARONA VILAR, Silvia: *Prisión provisional y medidas alternativas*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1988.

BARONA VILAR, Silvia: "Prisión provisional", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993.

BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

BARONA VILAR, Silvia: "Prisión provisional: 'sólo' una medida cautelar", en: *Actualidad Penal 2000*, Madrid, 2000.

BARREIRO, Jorge: *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 1997.

BASSIOUNI, Cherif M.: "Características generales del Derecho Internacional convencional", en: BERISTAIN, Antonio (Editor): *Reformas penales en el mundo de hoy*, Edersa, Madrid, 1984.

BASSIOUNI, Cherif M.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945.

BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La extradición en derecho español*, Civitas, Madrid, 2001.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto: "La prueba indiciaria", en: AA.VV.: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996; *id.*: 1999.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

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

BERTELOTTI, Mariano: "El principio *ne bis in idem* desde una perspectiva histórico-comparada", en: HENDLER, Edmundo S. (Comp.): *Las garantías penales y procesales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

BERTOLINO, Pedro J.: *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y concordado*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

BETTIOL, Giuseppe: *Instituciones de Derecho penal y Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1977.

BIDART CAMPOS, Germán: *Los tribunales militares y la Constitución*, EDIAR, Buenos Aires, 1985.

BIDART CAMPOS, Germán: "El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina", BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997.

BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

BONAVOLONTÁ, Luigi: *Nuovo manuale di procedimiento penale*, Pirola Editore, Milano, 1994.

BOVINO, Alberto: "El debate", en: MAIER, Julio B. J. (Comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.

BRAILOVSKY, León: "Incidente", en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XV, Driskill, Buenos Aires, 1989.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Código penal anotado*, Editorial El Ferrocarril, Lima, 1966.

BRAMONT ARIAS, Luis: *Derecho penal. Parte general*, T. I, Vilock, Lima, 1972.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: "Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal", en: *El Magistrado*, Año II, Nº 1, Lima, 1982.

BRAMONT ARIAS, Luis: *El Ministerio Público*, SP Editores, Lima, 1984.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Acciones de garantía*, Lima, Editorial Imprenta Marcos, 1984.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: "Alcances de la Ley penal contra el lavado de activos", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, Lima, 2002.

BROOMHALL, Bruce: *Corte Penal Internacional: Una guía para su implementación nacional*, Instituto Legal Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Paul) e Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, Siracusa [Italia], mimeo, s/f.

BRUZZONE, Gustavo: "Las llamadas «instrucciones de los fiscales»", en: *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Año 2, Nº 2 (dedicada al Ministerio Público), Buenos Aires, 1997.

BUENO Y ARUS, Francisco: *Convenios de extradición. Notas básicas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980.

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

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2001.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "El derecho fundamental a un proceso justo", en *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Lima, 2001.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal", en: *Cáthedra Discere*, Nºs 8-9, Lima, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 1997.

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

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos*, Comares, Granada, 1996.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto: *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

CAFETZÓGLUS, Alberto Néstor: *Derecho procesal penal*, T. I, Hammurabi, Buenos Aires, 1978.

CAFETZÓGLUS, Alberto Néstor: *Delito y confesión*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *El imputado*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, Córdoba, 1982.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1983.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: "La investigación fiscal preparatoria", en: *Doctrina Penal*, Año 11, Buenos Aires, 1988.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: "La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales", en su: *Temas de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1994.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: "El principio de oportunidad en el derecho argentino", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996, Buenos Aires, 1996.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: "Imparcialidad del Juez", en: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

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

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Proceso penal y derechos humanos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.

CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1996.

CARBONELL MATEU, Carlos; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MENGUAL I LULL, Joan B.: *Enfermedad mental y delito: Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Civitas, Madrid, 1987.

CARBONELL MATEU, Juan: *Derecho penal: Conceptos y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

CARMONA RUANO, Miguel: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: AA.VV.: *Empresa y Derecho Penal (II)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999 (Cuadernos de Derecho Judicial).

CARNELUTTI, Francesco: *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

CARO CORIA, Carlos: "La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano", en: *Derecho-PUC*, Nº 54, Lima, 2001.

CARO CORIA, Carlos: *Código Penal. Legislación complementaria sistematizada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima, 2000.

CAROCCA PÉREZ, Alex: "Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España", en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, Nº 2, abril-junio, Trujillo, 1996.

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

CARPIO MARCOS, Edgar: *Selección de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2002.

CARRIÓ, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

CARRIÓN LUGO, Jorge: *El recurso de casación en el Perú (en materia civil, penal y laboral)*, Grijley, Lima, 1997.

CASTÁN TOBEÑAS, José: "Embargo", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VIII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: *Código Civil Anotado*, Juan Mejía Baca Editor, Lima, 1955.

CASTILLO ALVA, José Luis: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: "El auto de apertura de instrucción", en: *El Magistrado*, Año II, Nº 1, Lima, 1982.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Manual de Derecho procesal penal*, Rodhas, Lima, 1996.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Gráfica Horizonte, Lima, 1998.

CAVALLERO, Ricardo Juan: *Justicia criminal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994.

CHIAVARIO, Mario, *Commento al nuovo Codice di Procedure Penale*, 4 vols., UTET, Torino, 1989-1991.

CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963.

CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, T. I, Fórum, Bogotá, 1991.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: "La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor", en: *Actualidad Penal*, Nº 46, semana de 9 al 15 de diciembre de 2002, La Ley, Madrid, 2002.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, 7 T., EDIAR, Buenos Aires, 1960-1968 (T. I: 1960; T. II: 1962; T. III: 1963; T. IV: 1964; T. V: 1966; T. VI: 1967; T. VII: 1968).

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *El proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

COLERIO, Juan Pedro: "Recurso de queja por apelación denegada", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993.

COLLADO YURRITA, Pilar: *La actuación de la inspección financiera y tributaria en la instrucción del proceso por delito fiscal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997.

CONDE-PUMPIDO, Ferreiro: "Legalidad vs. oportunidad como criterios de actuación de los Ministerio Públicos", en: *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, "Nuevas fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Iuris*, Nº 56, Madrid, 2001.

CORDERO, Franco: *Procedimiento penal*, T. II, Temis, Bogotá, 2000.

CÓRDOBA RODA, Juan: *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1972.

CORDÓN MORENO, Faustino: *Introducción al Derecho procesal*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1995.

CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, T. III, Cultural Cuzco, Lima, 1990.

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

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

CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El proceso penal*, Palestra, Lima, 1998.

CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

D'ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Tecnos, Madrid, 1998.

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, FECAT, Lima, 1998.

DE LA MATA AMAYA, José: "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales", en: *Actualidad Penal*, Nº 47-48, semana de 16 al 29 de diciembre, Madrid, 2002.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en: *Tribunales de Justicia*, Nº 10, octubre, Madrid, 1997.

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

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 2002.

DE LA RÚA, Fernando: *Proceso y justicia*, Lerner, Buenos Aires, 1980.

DE LA RÚA, Fernando: *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial.), Madrid, 1995.

DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en: *Boletín de Información*, Año LIII, Nº 1836-1837, Suplemento, Madrid, 1999.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, "El principio de contradicción en el proceso penal", en *Diario La Ley*, Año XXIII, Nº 5474, Lunes 4 de febrero, Madrid, 2002.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *¿Quién Ju:ga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria* (Informe Defensorial Nº 66), Lima, 2003.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIJANDE, Jesús: *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *El delito de falsedad en la información social del art. 290º del Código Penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial (Empresa y Derecho Penal I), Madrid, 1998.

DEL VALLE RANDICH, Luis: *Derecho procesal penal. Parte general*, Lima, s/f.

DEL VALLE RANDICH, Luis: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963.

DELGADO CALDERÓN, Sergio: *La prejudicialidad en materia penal*, Temis, Bogotá, 1977.

DELGADO GARCÍA, María Dolores: "El agente encubierto: Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

DELGADO MARTÍN, Joaquín: "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.): *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

DELGADO MARTÍN, Joaquín (Coordinador); ALONSO PÉREZ, Francisco; BARALLAT LÓPEZ, Juan; PASTOR MOTTA, Luis: *Los juicios rápidos*, Colex, Madrid, 2002.

DELGADO MARTÍN, Joaquín: *El juicio de faltas: La prueba y otras cuestiones procesales*, Colex, Madrid, 1996.

DELLEPIANE, Antonio: *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 1981.

DELMÁS-MARTY, Mirielle: "El proceso penal en Europa: perspectivas", en: *Poder Judicial*, II Época, Nº 37, marzo, Madrid, 1995.

DESPORTES, Fréderic y LE GUNEHEC, Françõis: "Las penas aplicables a las personas jurídicas", en: *Anuario de Derecho Penal 1997-1998*, Lima, 1998.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal civil*, 8ª. ed., T. III, Vol. II, Diké, Medellín, 1994.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal*, Editorial ABC, Bogotá, 1996.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: *Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996.

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, Nº 31, Madrid, 1991.

DOIG DÍAZ, María Yolanda: "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián: *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002.

ECHARRI CASI, Fermín Javier: *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003.

EDWARDS, Carlos Enrique: *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: "Libertad personal, detención arbitraria y Hábeas Corpus: Las novedades de la Constitución de 1993", en: *Temas Constitucionales*, Nº 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "La Corte Penal Internacional: rasgos básicos", en: AA.VV.: *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: "Regulación legal de la consulta en el proceso penal", en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle*, Vol. XIII, Nº 21 y 22, Medellín, 1990.

ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993.

ESER, Albin: "La posición jurídica del inculpado en el proceso penal", en su: *Temas de Derecho penal y procesal penal*, Idemsa, Lima, 1998.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El debido proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

ESPITIA GARZÓN, Fabio: *Código de Procedimiento Penal comentado*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994.

ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César; PALOMINO MANCHEGO, José F.: "La jurisdicción militar en el Perú", en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997.

"Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales", en: *Revista del Foro*, Año XXVI, Lima, 1939 .

"Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", en: MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Ts. I-a y I-b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La reforma procesal penal, 1988-1992*, Edersa, Madrid, 1992.

FARALDO CABANA, Patricia: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

FARALDO CABANA, Patricia: "El Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional", en: *Actualidad Penal*, Nº 25, semana de 16 al 22 de junio, Madrid, 2003.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: "Derecho a la libertad y seguridad personal", en: *Lecturas Constitucionales Andinas*, Nº 1, Lima, 1991.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: "Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas", en: GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, Lima, 2002.

FENECH, Miguel: *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1952.

FENECH, Miguel: *El proceso penal*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan: "El delito provocado y el agente encubierto", en: *Actualidad Penal*, Nº 44, semana de 25 de noviembre al 1 de diciembre, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La jurisdicción militar en la Constitución española", en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1994.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi: "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996-B, Buenos Aires, 1996.

FERRÉ OLIVE, Juan Carlos: *Crimen internacional y jurisdicción internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

FIERRO, Guillermo J.: *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, 2 Ts., Temis, Bogotá, 1976.

FONT SERRA, Eduardo: *La acción civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1991.

FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho penal*, T. III, 2ª ed. (2ª reimpr.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

FREYRE VILLAVICENCIO, Herbert: *Manual del juicio oral*, Sesator, Lima, s/f.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Jurista Editores, Lima, 2000.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero*, Jurista Editores, Lima, 2002.

FUENTES SORIANO, Olga: "La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Madrid, 1996.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio: *Los delitos de tráfico de drogas*, II, Bosch, Barcelona, 1999.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal*, Idemsa, Lima, 1999.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1992.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: "La flagrancia habilitadora de la entrada y registro", en: *Colex*, Nº 8, noviembre-diciembre, Madrid, 1993.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", en: AA.VV.: *Jurisdicción y competencia*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, VI), Madrid, 1996.

GARCÍA ALBERO, Ramón, *Ne bis in idem*, Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA BARROSO, Casimiro: *Procedimiento de extradición*, T. II, Colex, Madrid, 1996.

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: "Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, II), Madrid, 2001.

GARCÍA RADA, Domingo: *La instrucción, Vol. I: El Inculpado*, Sanmartí y Cía, Lima, 1967.

GARCÍA RADA, Domingo: "El juzgamiento en ausencia y la nueva Constitución", en: HURTADO POZO, José (Ed.): La *nueva Constitución y el Derecho Penal*, EDDILI, Lima, 1980.

GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984.

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

GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, 2 t., Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio: *Las pruebas en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.

GIALDINO, Rolando: *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*, en: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm.

GIL GARCÍA, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

GIL GIL, Alicia: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, UNED, Valencia, 1999.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar: *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

GIMENO SENDRA, Vicente: *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

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

GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, Vicente: *El proceso de hábeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente: "Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis idem* en el proceso penal", en: *La Ley*, Año XXIV, Nº 5817, Madrid, 4 de julio de 2003.

GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, 7 Ts., Bosch, Barcelona, 2000.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, T. II (*Proceso penal*), 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos prácticos*, Colex, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: "Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática", en su: *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Palestra, Lima, 1999.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996.

GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, T. III, Idemsa, Lima, 1997.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I, Bosch, Barcelona, 1947.

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

GONZALES CANO, Isabel: "El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español", en: *Tribunales de Justicia*, Nº 2, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GÖSSEL, Karl-Heinz: "Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras en el proceso penal alemán", en: *Justicia*, Año IV, Nº 85, Barcelona, 1985.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: "Teoría general de la impugnación", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993.

GRACIA MARTÍN, Luis y MAGUELONE ZODER, Isabel: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

GRANADOS PÉREZ, Carlos: "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada: Aspectos, sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, II), Madrid, 2001.

GUARIGLIA, Fabricio O.: "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: El principio de oportunidad", en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

GUARIGLIA, Fabricio O.: "Las prohibiciones probatorias", en: MAIER, Julio B. J. (Comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

GUARIGLIA, Fabricio: "Las prohibiciones de valoración probatoria", en: AA. VV.: *Valoración de la prueba*, F & G Editores, Guatemala, 1996.

GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, T. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

GUERRERO APRÁEZ, Víctor: "El Estatuto de la Corte Penal Internacional: Antecedentes y características", en: *Revista de Derecho Público*, Nº 10, mayo, Santa Fe de Bogotá, 1999.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián: *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid, 2000.

GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982.

HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

HEINE, Günter: "La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias", en: *Anuario de Derecho Penal 1996*, Lima, 1996.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco: "La prueba preconstituida", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales (Colección Cursos), Madrid, 1993.

HERRERO HERRERO, César: *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

HUAPAYA OLIVARES, Alberto: *La extradición*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000.

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

HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, EDDILI, Lima, 1981.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987.

HURTADO POZO, José: "Personas jurídicas y responsabilidad penal", en: *Anuario de Derecho Penal 1996*, Lima, 1996.

IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

ILLESCAS RUS, Angel Vicente: "Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal", en: *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Madrid, 1995.

IRAGORRI DÍEZ, Benjamín: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Temis, Bogotá, 1974.

IZAGUIRRE GUERICAGOITIA, Jesús María: *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Navarra, 2001.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2001.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*, Horizonte, Lima, 2001.

JAKOBS, Günther: "Punibilidad de las personas jurídicas", en: GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, Lima, 2002.

JAUCHEN, Eduardo M.: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 2 Vols., Bosch, Barcelona, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Imparcial judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002.

JIMÉNEZ PERICAS, Antonio: *Sobre la prueba ilícitamente obtenida*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José: "La policía judicial: Una necesidad, no un problema", en: *Justicia Penal*, Nº II, Madrid, 1987.

JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987.

JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, Bosch, Barcelona, 1999.

Jurisprudencia constitucional, T. I, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002.

Jurisprudencia penal (1984-1992), Editora Normas Legales, Trujillo, 1996

Jurisprudencia penal, T. I, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1976.

LEDESMA, Guillermo A. C.: *Eximición de prisión y excarcelación*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 2001.

LEÓN BARANDIARÁN, José: *Comentarios al Código Civil peruano*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1954.

LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, Ts. I, II y III, EJEA, Buenos Aires, 1963.

LEVENE (h), Ricardo: *Derecho procesal penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980.

LEVENE (h), Ricardo: "La excarcelación", en: AA.VV.: *Excarcelación y eximición de prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., 2 Ts. I, Depalma, Buenos Aires, 1993.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, UCI, San José [Costa Rica], 1997.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José [Costa Rica], 1998.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: *La segunda instancia en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando: *De la captura a la excarcelación*, Temis, Bogotá, 1990.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: "La motivación de las sentencias", en: AA.VV.: *La sentencia penal*, Consejo General de Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iuri, Madrid, 1999.

LÓPEZ DÍAZ, Antonio: "El derecho a no autoinculparse y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria", en: AA.VV.: *Temas de Derecho penal tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.

LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Terrorismo: Política y derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

LORCA NAVARRETE, Antonio: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986.

LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1995.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal*, 5 T., Temis, Bogotá, 1972.

MAIER, Julio B. J.: "La Ordenanza Procesal Penal alemana", en *Doctrina Penal*, Año 2, Nº 5-8, Buenos Aires, 1972.

MAIER, Julio B. J.: *La investigación preparatoria del Ministerio Público*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1975.

MAIER, Julio B. J.: *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Ts. I-a y I-b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

MAIER, Julio B. J.: "Delincuencia socio económica y reforma procesal penal", en: *Doctrina Penal*, Año 12, Buenos Aires, 1989.

MAIER, Julio B. J.: "La víctima en el sistema penal", en MAIER, Julio B. J. (Ed.): *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

MAIER, Julio B. J. (Comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, 2 T., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo: "Acusación y sentencia", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Buenos Aires, 1996.

MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en *Justicia*, Nº 1-2, Barcelona, 2002.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas", en: AA.VV.: *Comentarios a la legislación penal*, T. VIII, Volumen 2º, Edersa, Madrid, 1988.

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, 5 Ts., EJEA, Buenos Aires, 1951-1954 (Ts. I y II: 1951; T. III: 1952; T. IV: 1953; T. V: 1954).

MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos: "Configuración jurisprudencial de la prisión provisional", en: *Tribunales de Justicia*, Nº 5, mayo, Madrid, 2001.

MARTÍN MORALES, Ricardo (Coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria. Parte Primera: Teoría general*, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2000.

MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio: *La instrucción penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: "La prueba indiciaria", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales (Colección Cursos), Madrid, 1993.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal*, Comares, Granada, 1996.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José: *El proceso por delito privado*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, 2 ts., Astrea, Buenos Aires, 1994-1995.

MAZUELOS COELLO, Julio: *Control social y dogmática penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1995.

MEINI MÉNDEZ, Iván: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

MEINI MÉNDEZ, Iván: "Observaciones a la Parte General del Código de Justicia Militar", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002.

MIGUEL Y ALONSO, Carlos: "Incidentes", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1977.

MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES, Santiago: "Aspectos sustantivos de la prisión preventiva", en: *La Ley*, Año XVII, Nº 4047, 30 de mayo, Madrid, 1996.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996; *id.* 1998.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975.

MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, T. I, Ankor, Trujillo, 1982.

MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, T. II, Ankor, Trujillo, 1983.

MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, T. III, Ediciones Jurídicas, Lima, 1988.

MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.

MIXÁN MASS, Florencio: *Prueba indiciaria. Carga de la prueba*, BLG, Trujillo, 1992.

MIXÁN MASS, Florencio: *Juicio oral*, BLG, Trujillo, 1993.

MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Marsol, Trujillo, 1994.

MIXÁN MASS, Florencio: *Prueba indiciaria*, BLG, Trujillo, 1994.

MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*, BLG, Trujillo, 1995.

MIXÁN MASS, Florencio: *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, BLG, Trujillo, 1996.

MOHEDANO, José María y LILLO, Diego: *El procedimiento de extradición*, Tecnos, Madrid, 1998.

MONTERO AROCA, Juan: "Entre la trasgresión criminal y la responsabilidad por el resarcimiento", en su: *Ensayos de derecho procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.

MONTERO AROCA, Juan: "Los privilegios en el proceso penal", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

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

MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al Derecho jurisdiccional peruano*, Enmarce, Lima, 1999.

MONTERO AROCA, Juan: *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 3 T., José María Bosch Editor, Barcelona, 1991 (T. I [*Parte general*], T. II [*Proceso civil*], T. III [*Proceso penal*]).

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, 3 T., 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997 (T. I [*Parte general*], T. II [*Proceso civil*], T. III [*Proceso penal*]).

MONTOYA, Mario Daniel: *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

MORENO CATENA, Víctor: "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en: *Poder Judicial*, Nº II (Especial), Madrid, 1987.

MORENO CATENA, Víctor: "Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial", en: *Poder Judicial*, Nº VIII (Especial), Madrid, 1989.

MORENO CATENA, Víctor: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique (Editores): *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Vols. I, II y III, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *El nuevo proceso penal: Estudios sobre la Ley Orgánica 7 / 1988*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Colex, Madrid, 2000.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MUERZA ESPARZA, Julio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria*, Temis, Bogotá, 1997.

NEWMAN-VASAK: *Ensayos sobre Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

NOGUERA RAMOS, Iván: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, Ediciones Forenses, Lima, 1997.

O'DONNELL, Daniel: *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

OLIVERA DÍAZ, Guillermo: *Derecho procesal penal*, Lima, 1984.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Alternativas, Lima, 1999.

ORÉ GUARDIA, Arsenio, "Diagnóstico del Estado actual de la reforma del proceso penal en el Perú", en: CEAS, *Materiales de Lectura*, CEAS, Lima, 2001.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: "La prueba prohibida", en: *Derecho Procesal Penal. Selección de textos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al Derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

ORREGO MORENO, Alfonso: *Elementos de Derecho procesal penal peruano*, T. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1985.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, Comares, Granada, 1997.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 1999.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.

ORTELLS RAMOS, Manuel; CÁMARA RUIZ, Juan; SÁNCHEZ, Ricardo Juan: *Derecho Procesal: Introducción*, Punto y Coma, Valencia, 2003.

ORTELLS RAMOS, Manuel; SÁNCHEZ, Ricardo Juan; BONET NAVARRO, José; BELLIDO PENADÉS, Rafael; PASTOR, José Martín; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

PALACIO, Lino Enrique: *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

PALACIO, Lino Enrique: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

PALACIOS PIMENTEL, Gustavo: *Elementos de derecho civil peruano*, T. I, EDDILI, Lima, 1985.

PARADA, Ramón: *Derecho administrativo*, T. I, Marcial Pons, Madrid, 1995.

PARRA QUIJANO, Jairo: *Derecho procesal civil*, T. I, Temis, Bogotá, 1992.

PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1984.

PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: "Comentarios a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva", en: *Poder Judicial*, Nº 15, junio, Madrid, 1985.

PASTOR, Daniel R.: "¿Es conveniente la aplicación del proceso penal «convencional» a los delitos no «convencionales»?", en: MAIER, Julio B. J. (Compilador): *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

PASTOR, Daniel R.: "El encarcelamiento preventivo", en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

PASTOR, Daniel R.: "Libertad bajo caución en el proceso por delito fiscal", en: AA.VV.: *El derecho penal hoy*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

PASTOR, Daniel R.: "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 13, Lima, 2003.

PAZ RUBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio: OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", Ponencia presentada en el *II Congreso de Derecho Procesal de Castilla-León*. Universidad de Salamanca, Salamanca.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Trivium, Madrid, 1985.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en: *Poder Judicial*, 2ª Época, Nº 17, Madrid, 1990.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *El derecho a la libertad y seguridad –art. 5º del CEDH–*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en: VALLS GOMBÁU, José (Dir.): *Las medidas cautelares y los recursos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, X), Madrid, 2000.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho procesal penal*, T. I, Colex, Madrid, 2000.

PELÁEZ PORTALES, David: *El careo en el proceso penal español*, Editorial El Almendro, Córdoba, 2002.

PELLIGRINI GRINOVER, Ada (Editora): *La víctima en el proceso penal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Depalma, Buenos Aires, 1997.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada: "Pruebas ilícitas", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 1, Lima, 2000.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Derecho Penal Peruano. Parte General*, Sesator, Lima, 1977.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Vol. IV, Sagitario, Lima, 1991.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, Lima, 1995.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1999.

PÉREZ ARROYO, Miguel: *La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1977.

PÉREZ ARROYO, Miguel: "Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal peruano", en: *Derecho y Sociedad*, Nº 11, Lima, 1996.

PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín y GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Derecho procesal civil*, I, Fórum, Oviedo, 2002.

PEYRANO, Jorge Walter: *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

PEYRANO, Jorge Walter: "El recurso de reposición", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PISAPIA, Gian Domenico: *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1988.

PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003.

Plenos Jurisdiccionales, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002.

POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: *Manual de Procedimientos Operativos Policiales*, Lima, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "La cooperación judicial internacional en materia penal", en: *Ius et Veritas*, Nº 8, Lima, 1994.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *El delito de lavado de dinero*, Idemsa, Lima, 1994.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, T. I, Idemsa, Lima, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1982.

PUENTE SEGURA, Leopoldo: *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994.

PUIG PEÑA, Federico: "Comiso", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. IV, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993.

QUERALT, Joan Joseph: *Introducción a la Policía Judicial*, Bosch, Barcelona, 1999.

QUINTANAR DIEZ, Manuel: *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Edersa, Madrid, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coord.) *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MUÑIZ, José Manuel; PRATS CANUT, Josep Miquel; TAMARIT SUMALLA, Josep María; y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; y PRATS CANUT, Josep Miquel: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

QUIROGA LEÓN, Aníbal: "Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia", en: EGUIGUREN PRAELI, Francisco (Editor): *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco, 1987.

RABANAL PALACIOS, William y GONZÁLES GONZÁLEZ, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Grijley, Lima, 2000.

RAMOS BOHÓRQUEZ, Miguel: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, Berrío, Lima, 1995.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, 6ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 2002.

RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho penal*, T. II, Temis, Bogotá, 1975.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 22º edición, Real Academia Española, Madrid, 2002.

REBOLLO VARGAS, Rafael: "El arresto de fin de semana", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994.

REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: *Tipicidad*, Temis, Bogotá, 1999.

REYNA ALFARO, Luis: *Manual de Derecho penal económico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

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

RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgiun Editor, Madrid, 2000.

RIVAS, Adolfo A.: *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Rodhas, Lima, 2000.

RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba de testigos en el procedimiento penal*, Edijus, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro: *Medidas cautelares en el proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ DEVESA, Carlos y MARTÍNEZ AZNAR, Germán: *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía*, Colex, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: "El secreto del sumario como límite a la libertad de información", en: AA.VV.: *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *El procesamiento*, Comares, Granada, 1999.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998.

ROIG TORRES, Margarita: *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

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

ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002.

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

ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997.

RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984.

ROSAS YATACO, Jorge: *Manual de Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2003.

ROXIN, Claus: "El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo", en su: *Política criminal y Reforma penal*, Temis, Bogotá, 1982.

ROXIN, Claus: "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, T. I, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Claus: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ROXIN, Claus; ARTZ, Günther y TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989.

ROY FREYRE, Luis: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1998.

RUBIANES, Carlos J.: *Manual de Derecho procesal penal*, 4 T., Depalma, Buenos Aires, 1995.

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

RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Ts. I y IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

RUIZ MIGUEL, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

RUIZ RUIZ, Gregorio: *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1991.

RUIZ VADILLO, Enrique: "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987.

RUIZ VADILLO, Enrique: "La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

RUIZ VADILLO, Enrique: "La responsabilidad derivada del delito", en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.

RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Colex, Madrid, 1997.

RUSCONI, Maximiliano: "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público", en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar y DEL OLMO, Rosa: *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Temis, Bogotá, 1991.

SALCEDO VELASCO, Andrés: "Mecanismos procesales de cooperación judicial", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial.), Madrid, 1995.

SALIDO VALLE, Carlos: *La detención policial*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SALOMÓN VÁSQUEZ, Justo David: *Ejecutorias supremas de Derecho Procesal Penal de 1872 a 1972*, Editorial Universo, Lima, 1972.

SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", en: *Thémis*, Nº 39, Lima, 1999.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana: *La jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú", en: *Derecho*, Nº 39, Lima, 1985.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "La detención en el proceso penal peruano", en: *Derecho penal. Libro Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Terrorismo y represión penal: Reflexiones sobre la experiencia peruana", en: GARCÍA SAYÁN, Diego (Editor): *Poder Judicial y Democracia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Algunos aspectos de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal: Una interpretación acusatoria", en: *Revista del Foro*, Año LXXXI, Nº 2, Lima, 1993.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Jurisdicción militar y delitos de función", en: *El Comercio*, Lima, 10 de julio de 1995.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito", en: *Actualidad Jurídica*, T. 86, enero, Lima, 2001.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Plazos, causas complejas y derecho transitorio en el proceso penal", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, agosto, Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", en *Ius et Veritas*, Nº 25, Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano)", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César; CAROS CORIA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, Leandro: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: "La detención en el nuevo Código Procesal Penal Peruano", en: *Derecho*, Nº 46, Lima, 1992.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: "Privación de la libertad personal e implicancias procesales", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Comentarios al Código Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1993.

SANCHÍS CRESPO, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1995.

SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos: *El delito militar ordinario*, Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

SANGUINÉ, Odone: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Biblic gráfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SEBASTIÁN MONTESINOS, María Ángeles: *La extradición pasiva*, Comares, Granada, 1997.

SEELMANN, Kurt: "Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 3, Lima, Grijley, 2002.

SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1979.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "La función del indicio en el proceso penal", en su: *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Fraude tributario*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1977.

SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "¿*«ex delicto»* Aspectos de la llamada 'responsabilidad civil' en el proceso penal", en *www.indret.com* (*indret*, Nº 3, Barcelona, julio, 2001).

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

SINTURA VARELA, Francisco José: *Reformas al Procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994.

SINTURA VARELA, Francisco José: *Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia*, Diké, Medellín, 1995.

SOLÉ RIERA, Jaime: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Ts. I y II, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1983.

SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José: *Juicio oral en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

SOSA, Gualberto Lucas: "Procedimiento ordinario en segunda Instancia", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993.

STRUENSEE, Eberhard: "La prueba prohibida", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, julio-diciembre, Lima, 1994.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *El debido proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

SUAU MOREY, Jaime: *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, 3 ts., Jamse Editores, Lima, 1982-1983 (T. I: 1982; T. II: 1982; T. III: 1983).

TAWIL, Guido Santiago: *Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

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

TIEDEMANN, Klaus: "Trece tesis para un Derecho procesal moderno orientado en los Derechos Humanos", en su: *Derecho Penal y Constitución*, Palestra, Lima, 2003.

TIEDEMANN en: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José: "Temas de derecho penal y derecho procesal penal en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, Nº 24, Lima, febrero, 2003.

URTECHO BENITES, Santos: *La cuestión prejudicial en el proceso penal*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 1978.

VALENCIA MIRÓN, Antonio José: *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 2000.

VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Parte general*, Volumen Segundo, Imprenta Editora Pérez Pacussich, Lima, s/f.

VALLE RANDICH, Luis del: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963.

VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, Imprenta Liurimsa, Lima, 1966.

VALLE RIESTRA, Javier: *La extradición*, AFA, Lima, 1989.

VARELA GÓMEZ, Bernardino: *El recurso de apelación penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

VASALLO SAMBUCETI, Efraín: *La acción civil en el proceso penal*, Editorial San Marcos, Lima, 2000.

VÁSCONES VEGA, Ricardo: "Las medidas coercitivas en el proceso penal peruano y la nueva Constitución", en: AA.VV.: HURTADO POZO, José (Editor): *La nueva Constitución y el Derecho penal*, Sesator, Lima, 1980.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

VÁSQUEZ SOTELO, José: «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.

VECINA CIFUENTES, Javier: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1994.

VECINA CIFUENTES, Javier: "Las causas de oposición en el juicio ejecutivo ordinario", en: *Aranzadi Civil*, Nº 13, noviembre, Madrid, 1995.

VECINA CIFUENTES, Javier: «El principio de oportunidad en el proceso penal español», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

VECINA CIFUENTES, Javier: "Los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en: *Jueces para la Democracia*, Nº 40, Madrid, 2001.

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

VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy: "Videoconferencia y administración de justicia", en: *Diario La Ley*, Año XXIII, Nº 5630, Madrid, 10 de octubre de 2002.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986", en: *Anuario de Derecho Penal '88*, Lima, 1988.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho Penal. Parte* General, Temis, Bogotá, 1997.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Ts. I y II, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986.

VERGUER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.

VÉSCOVI, Enrique: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988

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

VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, T. II, 2ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1970.

VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

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

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Código Penal*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002.

VILLAVICENCIO, Víctor Modesto: *Derecho procesal penal*, Imprenta Rozas, Lima, 1965.

VIVES ANTÓN, T.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987.

VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987; también en: AA.VV.: *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José (Costa Rica), 1992; y en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás: "*«Ne bis in idem»* procesal", en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás: *La reforma del proceso penal. II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

WITT, Elder: *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, Gernika, México, 1995.

ZAMORA-PIERCE, Jesús: *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 1991.

ZARZOSA CAMPOS, Carlos: *La reparación civil del ilícito penal*, Rodhas, Lima, 2001.

ZARZOSA, Carlos Enrique: "Contienda de competencia", en: *Debate Penal*, Nº 2, mayo-agosto, Lima, 1987.

ZAVALA LOAIZA, Carlos: *Programa de Derecho procesal penal*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1941.

ZAVALA LOAIZA, Carlos: "Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales", en su: *El proceso penal y sus problemas*, Taller de Linotipia, Lima, 1947.

ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El proceso penal y sus problemas*, Lima, 1947.

ZIFFER, Patricia: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: "Las «consecuencias accesorias» aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal español", en: *Anuario de Derecho Penal 1997-1998*, Lima, 1998.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Granada, 2000.