REVISTA

DE ACTUALIDAD JURIDICA

LA TRIBUNA DEL ABOGADO

AÑO I – Nº 1 – 2010
NOVIEMBRE

AÑO I – Nº 1 – 2010
Revista de Actualidad Jurídica
LA TRIBUNA DEL ABOGADO

Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE
Av. Tacna 329 – Ofc. 1102 – Cercado de Lima
Teléfono: (01) 4262989/ RPM: #145435
Web: www.icade-capacitacion.com
Email: revistaicade@hotmail.com

DIRECTOR GENERAL
Dra. Lady J. Dávila Delgado

CONSEJEROS
- Dr. Máximo Tello Vargas
- Dr. Víctor M. Soto Remuzgo
- Dr. Cesar Luis Flores Inga

COMITÉ EDITORIAL
- Francisco Silva Ceron
- Milagros Ferré Arauco
- Giovana I. Alva Poma

Todos los Derechos Reservados
Primera Edición, Lima, Perú. Noviembre de 2010

Hecho Deposito Legal Nº 2010-14427
Impreso en los Talleres Gráficos: INDUSTRIA GRAFICA CREA S.A.C

GUIA

1. El Instituto de Capacitación y Desarrollo no se responsabiliza con las ideas expresadas por los autores de los presentes artículos que integran esta publicación.

2. Los artículos se encuentran ordenados en orden alfabético, por el apellido de sus respectivos autores

Contenido:

N° Pág.

PRESENTACION
Lic. Moran Arroyo, Hugo Eduardo
Presidente – ICADE_____ **07**

AQUINO CANDIA, Elizabeth
La Criminalización de la Violencia Familiar_____ **09**

BUSTAMANTE MARTINEZ, José Carlos
Investigación Preliminar en el Nuevo Código Procesal Penal_____ **19**

CASTAÑEDA HINOSTROZA, Karina Mercedes
La Reincidencia como Elemento Contradictorio en el Ordenamiento Jurídico Penal_____**39**

GUISADO MERLO, Silvia Isabel
El Proceso Especial de Terminación Anticipada_____**55**

LEVANO BARRIENTOS, Dino Aldo
Impugnación de la Paternidad_____ **75**

MAYTA BALDEON, Nathalie Karol
El Encendido Debate Respecto a la Prueba de Oficio en el Nuevo Código Procesal Penal_____ **89**

PAZ MEJIA, Rocío
El Perfil de la Mujer en la Violencia Bajo la Realidad Peruana_____ **119**

QUISPE MORI, Rosemary Ana
Una Relectura Sobre el Principio de Presunción de Inocencia_____ **129**

SALAZAR RUIZ, Marina
Prisión Preventiva y Estado de Derecho_____ __ **141**

N° Pág.

SAMANIEGO RAMOS, Luis Raúl
La Cadena Perpetua en los Delitos de Violación Sexual Contra Menores de Edad_____**155**

SULCA PECEROS, Fanny Rosa
Antecedentes y Fundamentos de la Etapa Intermedia en el NCPP_____**167**

VALDEZ ROJAS, Segundo Carlos
Constitucionalismo Biocrático_____**181**

VIZCARRA PORTADO, Marissa Violeta
De las Garantías Constitucionales – El Habeas Corpus_____**185**

PRESENTACION:

El Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE, apertura con esta edición la revista jurídica: *La Tribuna del Abogado,* la misma que dada su condición de medio de comunicación, tendrá un rol fundamental como motor de transmisión de pensamiento, su propia manera de construir el saber, el modo de aprender, la forma de conocer aspectos relacionados con la ciencia jurídica y su evolución en esta era de globalización que vive nuestra sociedad.

La revista: *La Tribuna del Abogado* se propone contribuir eficazmente al conocimiento de las exigencias del sistema jurídico y sus actores serán precisamente profesionales que ejercen el Derecho: abogados, magistrados, catedráticos, quienes podrán expresarse libremente a través de sus opiniones, análisis y comentarios en materia de doctrina, legislación nacional, códigos, jurisprudencia judicial y administrativa, etc.

La revista, pretende ser un nexo para facilitar y promover el intercambio libre de ideas en el proceso de articular y desarrollar nuestro sistema de Derecho, a través de actividades especiales como simposios, conferencias y talleres de trabajo de investigación, en donde los aspectos jurídicos estén en el centro de los debates y las controversias.

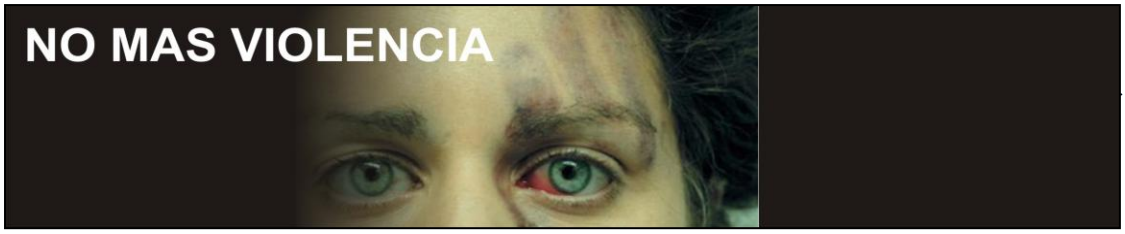
Igualmente, cada una de nuestras ediciones estará disponible al servicio en la difusión normativa, como una forma de contribuir al desarrollo y a la Administración de Justicia de nuestra sociedad.

A medida que vayamos afirmando nuestra presencia, este medio de comunicación irá optimizando su estructura formal y conceptual. Es más,

paulatinamente procurará ensanchar su mensaje, con el concurso dinámico de los profesionales del Derecho que deseen exponer sus investigaciones y sus criterios relacionados a algún tema específico, de la forma más alturada y decente.

La Tribuna del Abogado, extiende su invitación y abre sus páginas al servicio de todos ustedes, con el compromiso de exhibir y mantener la calidad de su trabajo.

Lic. Hugo Eduardo Moran Arroyo
Presidente - ICADE



LA CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

"El Derecho no puede convertirse en un paradigma, pues es su perfectibilidad lo que le hace real y objetivo para la realidad social".
Hans Kelsen

Por: ELIZABETH AQUINO CANDIA

Abogada, egresada de la Universidad Nacional "San Luis Gonzaga" de Ica. Egresado de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional "San Luis Gonzaga" de Ica - Mención Ciencias Penales.

Sumario: **I**. Introducción**, II.** El Papel del Derecho Penal ante la Violencia Familiar**, III**. La Criminalización de la Violencia Familiar en el Código Penal de 1991, **IV**. Sujetos del Delito, **V**. Reflexiones Personales, **VI**. Bibliografía

Un breve análisis sobre las implicancias de la criminalización de la violencia familiar y los efectos jurídicos que tiene a partir de la inclusión de este tipo en nuestro Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente inclusión en nuestro catálogo penal del delito de violencia familiar, consecuencia predecible de la presión de la opinión pública debido principalmente a los grotescos actos de agresión exhibidos constantemente en los medios de comunicación y que reflejan la cruda realidad de muchas relaciones intrafamiliares que terminan, inclusive en muerte, ha generado la natural expectativa respecto a una probable disminución de la incidencia de

estos hechos, debido al poder disuasivo que tiene, teóricamente, la sanción penal.

Queda pues a futuros estudios de naturaleza descriptiva, el establecer si los índices de violencia familiar ahora ya un delito criminal, desciende ostensiblemente como consecuencia de esta ofensiva jurídica.

No obstante y a decir de mi criterio personal, considero que el Derecho Penal no se puede convertir en la espada sempiterna de la sociedad para sanear, mediante la coacción, inconductas de cualquier naturaleza. No se trata de hacer de esta rama del Derecho, el intérprete meta jurídico de la vida en sociedad, ni tampoco convertirlo en el *non plus ultra* para situación humanamente manejable desde otros fueros jurídicos.

No se trata tampoco que con este comentario introductorio, me identifique con actos tan deleznables como la agresión física y psicológica que se da dentro de las relaciones familiares y que es una problemática recurrente que no sólo atañe al derecho sino también a otras disciplinas.

Es necesario, dentro de esta política de criminalización de la violencia familiar, hacer una reflexión profunda respecto a que, si estamos realmente generando una respuesta de solución o, simplemente, una respuesta de la misma naturaleza, tan o más violenta quizás, que aquellos actos que pretende reprimir**.** En ese sentido, el análisis que realizo intento llevarlo por el enfoque más objetivo posible, orillando**,** pues, cuestiones sociológicas o filosóficas o propuestas de prevención sobre las que todos hemos pensado al abordar un tema como éste que tanto preocupa hoy día y que es campo bien abonado para ese tipo de reflexiones.

Ahora bien la perspectiva no será puramente dogmática. Sin olvidar ese obligado referente, se busca el predominio de los temas más prácticos, a los que se pretende primar en un intento de aportar fórmulas concretas o, al menos, criterios que puedan servir de orientación para solventar los numerosos problemas que surgen al hilo de la aplicación del tipo penal que el código dedica a esta realidad.

Intencionadamente evito hacer una exposición sistemática, exhaustiva y cerrada de todas las cuestiones que podrían comentarse. Sería tedioso y poco operativo un recorrido completo por el índice tradicional del tratamiento de una figura

penal de la parte especial (bien jurídico protegido, conducta típica -sujeto activo, sujeto pasivo...-, antijuricidad, culpabilidad... hasta llegar a las consecuencias penales y civiles). Espigaré tan solo en los puntos que me han parecido más problemáticos, dejando a un lado aquellos otros que no tienen tanta trascendencia práctica o se suscitan con menor frecuencia.

II. EL PAPEL DEL DERECHO PENAL ANTE LA VIOLENCIA FAMILIAR

Para finalizar estas advertencias preliminares y como única concesión, traicionando el inicial propósito, una cuestión más sociológica. Parto de la convicción de que la solución al problema de la violencia doméstica no puede venir de la mano del Derecho Penal[1]. Éste es un instrumento necesario del que no se puede prescindir. Pero el Derecho Penal es una herramienta muy tosca y grosera y pocas veces proporciona soluciones realmente pacificadoras de los conflictos sociales: está pensado para las patologías. Buscar en el articulado del Código Penal la receta sanadora de ese mal social, o achacar todas las desgraciadas noticias que no nos acostumbramos a leer al mal funcionamiento de la justicia o la imperfección de la Ley Penal es un planteamiento errado del que solo se van a derivar frustraciones.

El Derecho Penal siempre -por definición- llega tarde. Más o menos tarde, pero tarde. A veces se corre el peligro de creer candorosamente que el Código Penal tiene una eficacia cuasi-taumatúrgica y caer en la ingenuidad de pensar que las leyes crean la realidad, cuando es ésta la que las antecede[2]. O de ver en el ciego endurecimiento de las penas o en la relajación de las garantías procesales la fórmula para lavar la conciencia por no haber sabido atajar las causas sociales de ese fenómeno que debe ser erradicado.

El Derecho Penal, por su propia naturaleza, es un instrumento poco pulimentado. Su finalidad primordial es represiva, como demuestra la realidad por más que a tal fin pretendan aunarse otros objetivos rehabilitadores que -nos guste o no nos guste- siempre aparecen, hoy por hoy, en un segundo plano. El Derecho Penal tampoco tiene como objeto preferente la protección de la víctima.

[1] QUINTERO OLIVARES. "Infracción penal y prognosis de peligrosidad", en "OTROSI", *Revista del Colegio de Abogados de Madrid,* 1999, n.º 4, abril de 1999, págs. 12 y ss.

[2] Ibídem

El Derecho Penal es necesario para abordar esta materia. Muy necesario, si se quiere. Imprescindible. Pero insuficiente. El remedio a este problema social necesita otros cauces. La respuesta penal ha de existir. Es básica para los efectos de prevención general -ejemplaridad- y prevención especial que van anudados a la pena, junto con los puramente represivos y rehabilitadores. Pero no basta con ella.

III. LA CRIMINALZIACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

Las modificaciones introducidas en el Código Penal[3], parten de la eliminación de la lista taxativa de sujetos activos del artículo 121-A (el cual regulaba la forma agravada del delito de lesiones graves) al padre o madre de menores de catorce años, al cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente natural o adoptivo, o pariente colateral de la víctima. Sin embargo, agrega el artículo 121-B, que se refiere a lesiones graves por violencia familiar; siendo mayor el máximo de la pena en este último.

Por otro lado, en el artículo 122-A, se retira a los padres de menores de catorce años, al cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente natural o adoptivo, o pariente colateral de la víctima, de la lista de sujetos activos de la forma agravada del delito de lesiones leves; para incorporar el artículo 122-B, donde regula las lesiones leves por violencia familiar. Siendo también, en este último, mayor la pena máxima que en el artículo anterior.

Por último, el dictamen modifica el artículo 441 sobre faltas, referido a lesiones culposas y dolosas, estableciendo como forma agravada de la lesión culposa aquella producida como consecuencia de un hecho de violencia familiar.

i. Bien jurídico protegido

Dentro de la gama de problemas interpretativos que se agazapan tras los tipos de los Arts. 121 A[4] y 122 – B[5] y 441 del Código Penal he seleccionado tan solo los más palpables en la práctica judicial.

[3] Cambios introducidos por el Artículo 12 de la Ley N° 29282, publicada el 27 noviembre 2008.

[4] Artículo 121-B.- El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud por violencia familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y suspensión de la patria potestad según el literal e) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de quince años."

A la cabeza de ellos, uno de contenido eminentemente dogmático pero con una enorme repercusión práctica a la hora de enfocar y resolver otros: la indagación del bien jurídico protegido por este delito. Aquí está una de las claves del tipo penal que condiciona singularmente la solución que deba darse a las cuestiones concursales.

En la doctrina hay múltiples posiciones. Desde los que ciñen el bien jurídico a la propia integridad física (ahora también psíquica), a los que se refieren a bienes tan genéricos como la dignidad humana[6], pues como bien señala Cuello Contreras[7], junto a la salud o integridad física de las personas, se tutela también, la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar, estando configurado por figuras reiteradas que, aisladamente consideradas, no son constitutivas de lesiones o no van a constituir un menoscabo a la salud física o mental.

Por mi parte, pienso que situar el objeto de protección en el ámbito familiar, como bien supraindividual, es la tesis que permitirá resolver satisfactoriamente los problemas concursales y que propiciará otorgar un espacio definido a esta figura penal. Esta posición se vería favorecida si el legislador hubiese optado por otra ubicación sistemática.

Solo en esa necesidad de protección de la institución familiar (art. 4 de la Constitución)[8] puede encontrarse un fundamento sobre el que asentar

[5] Formas agravadas. Lesiones leves por violencia familiar

Artículo 122-B.- El que causa a otro daño en el cuerpo o en la salud por violencia familiar que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y suspensión de la patria potestad según el literal e) del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años."

[6] Una síntesis acertada de las distintas posturas doctrinales puede encontrarse en CUENCA i GARCÍA, María Josep. "La violencia habitual en el ámbito familiar" en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago 2002*, págs. 633 y 634. Destacable por mantener una postura sólida y original es la tesis de GRACIA MARTÍN que considera que estamos ante un delito de peligro que quiere prevenir estados graves de desequilibrio psíquico y emocional (*Comentarios al Código Penal. Parte Especial. I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 428).

[7] CUELLO CONTRERAS, J. "El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad" en *Poder Judicial*, 2da época, n.º 32 Buenos Aires. Diciembre de 1993, págs. 9 y ss.

[8] Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

sólidamente la doble sanción en los casos de habitualidad. En esos supuestos no solo se está violando el bien jurídico "integridad física", sino también un auténtico deber jurídico cuando esto se enturbia, comienzan los problemas, las divergencias doctrinales, y la imposibilidad de hallar un acomodo claro para ese tipo.

La ubicación sistemática de este delito en el Capítulo III, del Título I (Delitos contra la vida, el cuerpo o la salud) del Libro Segundo del Código Penal dedicado a los delitos de lesiones, ha suscitado un erróneo entendimiento de algunas cuestiones que afectan al tipo.

Debe repararse, pese a dicha sistemática, en que los Arts. 121 - B y 122 - B no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante, así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de la condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar. El bien jurídico que se protege con los Arts. 121 B y 122 B es, por consiguiente, distinto al que se tutela en los restantes preceptos penales a que antes se hizo referencia. En éste se trata de la paz y convivencia familiar, en aquellos, según los casos, la vida, la integridad física, la libertad, etc.

A esta consideración conducen los siguientes argumentos que sintetizan de alguna forma, la fuente inspiradora para determinar incluir estos tipos penales en el Código.

La realización de actos violentos sólo se castiga cuando recae sobre determinadas personas en las que confluyen determinadas características de pertenencia a un grupo familiar. Fuera de tales supuestos, la conducta violenta que por reiterada sea no merecerá otro castigo que el que corresponda por la suma de las penas de cada uno de los actos individualmente considerados, sin perjuicio de que en los posteriores quepa valorar, por ejemplo a través de la apreciación de la agravante de reincidencia, la mayor peligrosidad del reo

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

evidenciada en la reiteración de hechos similares que aconsejaren la fijación más elevada de la pena, o la negativa a determinadas posibilidades como la suspensión o sustitución de las penas que, de no mediar habitualidad, brindaría la ley para la mitigación del rigor en la ejecución de la sentencia.

La realización de actividades de violencia, hasta crear una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, se castiga no por lo que comporta de ataque a la incolumidad física, sino por lo que tiene de violación de deberes especiales de respeto al cónyuge y a los hijos y familiares; por lo que supone de afectación del sentimiento de seguridad; por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de protección a la familia. Poner el punto de mira en la protección de la integridad física y considerar que estamos ante un delito especial de lesiones agravado por la reiteración o por las relaciones con el sujeto pasivo lastrará la interpretación del tipo. Aunque es justo reconocer que el acierto no acompañó al legislador al elegir la colocación sistemática del precepto, dando pábulo así a que el intérprete se vea confundido y alentando otros entendimientos que desdibujan las relaciones de este precepto con los delitos de lesiones y provocan una difícil convivencia de normas.

IV. SUJETOS DEL DELITO

El círculo de posibles sujetos activo y pasivo del delito, como se comprueba del análisis de la evolución legislativa del precepto, ha ido ampliándose progresivamente. El tipo abarca ya casi todas las situaciones imaginables dentro de un círculo doméstico. Sujeto activo y pasivo han de estar unidos por alguna de las relaciones expresamente contempladas en el precepto:

i. Problemas de participación

No encuentro inconveniente para admitir al coautor, pues cuando concurren a los maltratos dos sujetos cualificados. Es más, existiendo acuerdo o connivencia, expresa o tácita, podrían sumarse los actos de uno y otro para apreciar la habitualidad. Lo propio sería hablar de un único delito con dos co-autores. Un ejemplo posible serían las violencias ejercidas indistintamente por ambos progenitores sobre el hijo menor[9].

[9] GARCÍA VARELA, R. "Los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar", en *Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, Madrid, 1999, págs. 177 y ss.

¿Cabría la cooperación necesaria por omisión? También creo que no es difícil imaginar supuestos, siempre que el partícipe ostente posición de garante[10]. Cuando quien contribuye con su pasividad a la persistencia de la situación de maltrato es uno de los sujetos relacionados, será factible la condena por tal razón siempre que se den todos los requisitos de la participación (en especial, posibilidad de actuar, y anuencia con la conducta del autor principal)[11]. En principio me cuesta imaginar supuestos de un tercero en el que quepa apreciar esa posición de garante y no sea uno de los sujetos especiales contemplados en el tipo. Esta consideración hace que difícilmente pueda aparecer el *extraneus* partícipe por omisión.

El problema de los terceros *extranei* partícipes (inductores, coautores, cómplices...), podrá recibir distintas soluciones según la opción que se prefiera.

V. REFLEXIONES PERSONALES

La familia es el círculo alrededor del cual nacen todas las relaciones interpersonales de los sujetos. Es donde se aprenden las normas básicas del comportamiento, y estaría bien saber hasta qué punto no sería lo mismo estudiar la violencia familiar y las reacciones ante otros conflictos menos específicos, ya que es en el "hogar" donde se inicia el aprendizaje de las respuestas ante las conductas de los otros.

El problema de la violencia familiar late inmerso, desde nuestro punto de vista, en un problema educacional. Y esto es así porque las agresiones maritales o a otros miembros de la familia no persiguen otro objetivo que "imponer" la autoridad, una autoridad basada en la falta de respeto y en la ley del más fuerte. Por todos es sabido que el sistema patriarcal ha amparado razones "irracionales" y ha protegido posturas indefendibles en muchas ocasiones. Las secuelas de todo esto las padece aún la sociedad actual, provocando forzadas justificaciones que, consciente o inconscientemente, actúan como promotoras de la agresividad.

[10] La jurisprudencia contempla casos en que se condena por los resultados lesivos en virtud de esa cooperación omisiva

[11] En contra GARZENMULLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA. "La violencia doméstica. Respuestas Jurídicas desde una perspectiva sociológica" en *Actualidad Penal*, n.º 16, 19 a 25 de abril de 1999 que consideran que solo sería imputable al tercero el resultado lesivo.

Pero así como podemos tener un enfoque global de la realidad en que se gesta este escenario de violencia y agresiones dentro del seno familiar, el Derecho Penal nos otorga una visión directa, objetiva y unidireccional en cuanto convierte esta problemática, amplia, compleja y de una multiplicidad de aristas, en una situación criminal, circunscripta a cuestiones puramente relacionadas a la sanción penal y sus tecnicismos legales.

Ello, sin dejar de reconocer la utilidad que puede tener el Derecho Penal en este problema, recorta desgraciadamente el horizonte del mismo; conduce a la sociedad a una suerte de "limbo" jurídico o el espejismo de una aparente solución al problema y genera, a la larga, nuevos retos y problemas, quizás muchos más graves que los previstos en su solución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CUELLO CONTRERAS, J. "El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad" en *Poder Judicial*, 2da época, n.º 32 Buenos Aires. Diciembre de 1993.

- CUENCA y GARCÍA, María Josep. "La violencia habitual en el ámbito familiar" en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago 2002*,

- GARCÍA VARELA, R. "Los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar", en *Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, Madrid, 1999.

- GARZENMULLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA. "La violencia doméstica. Respuestas Jurídicas desde una perspectiva sociológica" en *Actualidad Penal*, n.º 16, 19 a 25 de abril de 1999 que consideran que solo sería imputable al tercero el resultado lesivo.

- GRACIA MARTÍN que considera que estamos ante un delito de peligro que quiere prevenir estados graves de desequilibrio psíquico y emocional (*Comentarios al Código Penal. Parte Especial. I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- QUINTERO OLIVARES. "Infracción penal y prognosis de peligrosidad", en "OTROSI", *Revista del Colegio de Abogados de Madrid,* 1999, n.º 4, abril de 1999.

INVESTIGACION PRELIMINAR EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

Por: JOSE CARLOS BUSTAMANTE MARTINEZ

Fiscal Adjunto Provincial de la 2° Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Cáceres

Sumario: **I**. Introducción, **II**. La Nueva Estructura de la Fase Preliminar del Proceso Penal Peruano, **III**. Delimitación Conceptual y Funcional de la Investigación E Instrucción, **IV**. El Rol De La Fiscalía En El Nuevo Código Procesal Penal, **V**. Diligencias Preliminares, **VI**. Plazo para la Actuación de las Diligencias Preliminares, **VII**. El Rol de la Policía Nacional y su Participación Dentro de la Investigación Preliminar de acuerdo al NCPP, **VIII**. Conclusiones, **IX**. Bibliografía

Un análisis de la Primera Etapa del Proceso bajo el marco del NCPP; un estudio comparativo con el antiguo sistema del Código de PP y una perspectiva personal sobre las importancia que tiene esta fase en la propia constitución del Proceso Penal.

I. INTRODUCCION

Tal vez no resulte muy correcto adelantar en las primeras líneas de un artículo, la conclusión del mismo. Pero si alguna vez ese proceder está justificado, consideramos, que tanto por razones de claridad expositiva como de posicionamiento de la idea que se defiende, ésta, es una de ellas.

La justificación de tan categórico aserto estriba en que nos encontramos ante un tema archirecurrente, en el que casi todo está dicho y sin embargo, siguen discutiéndose cuestiones de delimitación conceptual, ámbitos competenciales y,

especialmente, sobre el tema-estrella durante todos estos años: quién debe instruir. Pues bien, para conseguir un proceso operativo, es decir, garantista y eficaz al tiempo, en estos momentos lo que nos parece verdaderamente esencial *no es tanto quien investiga sino cómo se debe investigar.*

En efecto, ante el panorama del Derecho comparado, cuyas soluciones al respecto, varían notablemente, tanto por razones de orden general como la pertenencia a uno u otro sistema procesal, como por cuestiones internas relacionadas con enfoques específicos de política criminal, el factor organizativo se relativiza, en tanto alcanza nueva significación, la calidad jurídica del trabajo a realizar. Esta situación, viene reforzada por un factor novedoso, que justifica, sin duda, un estudio actualizado de esta problemática: la decisión política de haber conformado un nuevo proceso penal, en el marco de lo que se conoce como el *Nuevo Código Procesal Penal, el cual, promulgado el 2004 y entrado en vigencia progresiva en el territorio del país desde el 2006, se encuentra ya en un 50% de su plenitud.*

Investigar, instruir pero no a cualquier precio, no de cualquier manera. Trabajar de modo equilibrado, instalando una serie de controles en la fase de estudio y preparación del juicio oral, - si es que se llega a él-, de modo que se combinen garantías y celeridad, pues como ya afirmara Bínder: "*La brevedad, compatible con la claridad, exactitud y fijeza de datos (constituye), la condición más recomendable de todo sumario".*[12]

Esta tarea, no se nos oculta, se inscribe en el proyecto más ambicioso de un nuevo proceso penal tipo, y de una organización de la Justicia Penal que permita que tan loables propósitos puedan ser realidad, algún día. Por eso, no queremos limitarnos a una aproximación estrictamente técnica del tema en cuestión, sino que dadas sus conexiones e interrelación con todo el proceso penal, cuyo cuestionamiento, a la vista de sus resultados, es obvio, aprovecharemos esta ocasión para tratar de ubicar armonizadamente, dentro del sistema global penal, las consideraciones y propuestas que al respecto, haremos.

II. LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA FASE PRELIMINAR DEL PROCESO PENAL PERUANO

[12] BINDER (A.), "Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina", en *Justicia penal* **y** *Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 201 y SS

Uno de los rasgos principales de la reforma del Proceso Penal peruano es la nueva estructura de la fase de investigación de los hechos a que da lugar la *notitia criminis.* En el nuevo sistema, ella deja de estar en manos del juez del crimen y pasa a constituirse en la función esencial del ministerio público[13].

Acontecido un hecho delictuoso, la sociedad y los agraviados buscan justicia; con la finalidad de que el culpable o culpables del delito sean sancionados conforme a ley; y, el o los agraviados encuentren la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios[14].

Hay que precisar que la etapa de investigación preliminar se prolongará hasta que el fiscal, mediante un acto, formalice la investigación preparatoria, pudiendo darse el caso, que inmediatamente concluidas dichas diligencias, el Representante del Ministerio Público se encuentre en condiciones de presentar su acusación, lo que implica, que con una sola actuación policial regular se pueden tener armados los casos, listos para ser judicializados, sólo a partir de diligencias preliminares, lo cual explica la necesidad de su estudio[15].

III. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIONAL DE LA INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN

Una vez explicados algunos aspectos principales del tema, nos vemos en la necesidad de desarrollar sus contenidos, y en especial la investigación, a fin de diferenciar dos funciones procesales, (investigación e instrucción), que pasan por sinónimas, y que se emplean de modo confuso e impreciso, a todos los niveles: legislativo, jurisprudencial...

[13] BINDER (A.), "Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina", en *Justicia penal* **y** *Estado de derecho,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 201 y SS. También, "Funciones y disfunciones del Ministerio Público penal" en *Política criminal: de la formulación la praxis,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 161 y SS. Para este autor, el sistema inquisitivo exacerba la mediatización de la información a través de la formalización y el sistema de registros *(Quod non est in acta non est in mundo),* circunstancia que tiene como explicación histórica la funcionalidad de la escritura en el fenómeno de la centralización del poder que tiene lugar con el nacimiento del Estado absoluto. Es así como se consolida una burocracia al servicio de la centralización del Estado, en el contexto de una Europa analfabeta y de gran tradición oral; la sacralización de las formas se convierte en el lenguaje del poder.

[14] GUILLÉN SOSA, Henry, Derecho procesal Penal, Editado por la Fundación Luis Taboada y Bustamante, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 2001, Pág. 46.

[15] En el ámbito de la investigación preliminar, lo primero que tenemos que señalar -en un marco constitucional ciertamente- es si desde la Constitución se le encomienda al Fiscal la conducción del delito, de la investigación del delito; es obvio, que conduce la etapa de la investigación preliminar donde se va a calificar si es que el hecho que se ha denunciado que se investigue de oficio tiene esa característica. De tal manera, que la investigación preliminar tiene desde el punto de vista de la investigación anterior al proceso una naturaleza de investigación administrativa. (SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Gaceta del Tribunal Constitucional Nº 2, Abril – Junio – 2006, Lima).

Seguidamente, nos referiremos al tema de la asignación competencial de tales funciones, dando una ojeada al Derecho comparado, para concluir, ante lo relativo de las soluciones al respecto, en que lo verdaderamente importante no es qué órgano desempeña la función sino cómo se realiza, en particular, cuál es el papel que se concede a las partes, y si se efectúa un adecuado control judicial del cumplimiento de las garantías y derechos del proceso. Cuestiones estas últimas, que abordaremos en el siguiente epígrafe.

Delimitación conceptual

Investigación. Desde el punto de vista del lenguaje, el término "investigar" tiene un doble significado. En su primera acepción es "hacer diligencias para descubrir una cosa" y en la segunda, "realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia"[16].

La investigación, en esta primera aproximación a su semántica, es el conjunto de actos que se emplean para descubrir o conocer algo sobre una determinada cuestión, y en concreto, empleando la inteligencia y la experiencia de modo sistemático -científico-.

Etimológicamente, *investigare* proviene de la palabra *vestigium* (vestigio, es la señal, huella o rastro que queda de algo) y supone el descubrir lo que está oculto, a través de los medios que permitan alcanzar dicha información. Uno de los grandes investigadores de la historia, el Nobel Santiago Ramón y Cajal, enumeraba las cualidades del investigador: tenacidad, independencia personal y curiosidad insaciable.

El investigador -proseguía Ramón y Cajal- tiene que ejercer su labor con una "honradez del entendimiento" que le ha de llevar a *"estudiar a fondo las cosas y saber cambiar desinteresadamente de opinión".*[17]

La obtención de la información deseada, en nuestro caso, del autor de un hecho delictivo y de las circunstancias en que lo cometió, es algo distinto a su valoración, y es, fundamentalmente, una actividad empírica, realizada sobre el terreno y proyectada sobre objetos materiales, que primero como fuentes de prueba y después, en su caso, como pruebas válidas, servirá para obtener el

[16] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel en "Instrucción", *NEJ*, pág. 117, Tomo XIII, Ed. Francisco Seix SA, Barcelona, 1968
[17] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés en *Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*, PPU, 1988.

factum del caso, al que aplicar la calificación jurídica y sus consecuencias correspondientes.

La investigación, en este contexto, nos interesa dejarlo claro, es una actividad previa y práctica, que busca proporcionar una información relevante para el proceso, y que se constituye como presupuesto del ejercicio del *ius puniendi* del Estado[18].

En el marco de un Estado de Derecho, la investigación penal es pública u oficial, entregada a agentes del mismo, dado el interés público y trascendentes intereses que subyacen en la misma, y ello, con independencia de que puede coexistir con una aportación investigadora de parte, la cual, no obstante, se encuadra en aquélla, dentro de la superior dirección que se atribuye el propio Estado, la cual ejerce a través de sus servidores. Esta actividad se conecta con la iniciación del proceso, el cual comienza con un acto de puesta en conocimiento de la autoridad legalmente competente para incoar formalmente un proceso (sumario o diligencias), unos hechos, *notitia criminis,* que pueden tener relevancia jurídico-penal.

Lo normal es que sea un particular quien ponga en conocimiento de la Policía, el Juez o el Fiscal, la noticia de un hecho presuntamente delictivo, independientemente de su mayor o menor elaboración (denuncia, querella). Pero también puede ser la Policía a través de sus propias investigaciones o algunas autoridades, las que comuniquen al Juez o al Fiscal, la existencia de datos e informaciones con posible relevancia penal.

Y es que, sin ninguna duda, podemos afirmar que "*el mayor acopio de elementos fácticos realizado en el proceso penal lo realiza la Policía Judicial en el atestado"*[19]*,* al tiempo que *"la investigación realizada por sujetos diferentes del Juez Instructor, no sólo se revela como la verdaderamente eficaz para la averiguación del hecho delictivo y la individualización del delincuente sino que,…,*

[18] DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio en *El modelo constitucional de investigación penal*, pág. 17, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

[19] CAMPOS NAVAS, Daniel en "Iniciativa, acopio y obtención de los medios de prueba en el proceso penal: garantías necesarias". Ponencia presentada al Curso *Garantías del imputado en el proceso penal* del CEJAJ, pendiente de publicación. Mayo 2002

responde a un modelo (más) respetuoso con el derecho a un proceso con todas las garantías"[20]*.*

Esta idea se clarifica un poco más, si tenemos en cuenta que "*El Juez no se puede desentender de la investigación, aunque no sea él quien la lleve a cabo, porque debe conocer sus detalles para decidir si el proceso procede -es decir, si se sigue adelante- y para decidir nuevos actos de investigación: intervenir correspondencia y teléfonos o conceder orden de entrada y registro, etc."*[21]*.*

La razón de ello, es que el viejo C. de P.P., se erigía al juez en un papel de controlador del proceso de instrucción, velando, desde una posición de imparcialidad, porque en la investigación se respeten las garantías procesales, pero sin que sea el órgano judicial el que directamente se implique en la investigación. En todo caso, ya sea una investigación inicial o posterior de tipo ampliatorio, se trata de una actividad de conocimiento, distinta de la que podemos denominar "*instrucción*".

En cuanto al contenido de la investigación, se concretará en cada caso, si bien su objeto gira en torno a lo que se denomina el "cuerpo del delito" y la averiguación de las circunstancias de ocurrencia del hecho delictivo y de la identidad de sus autores.

Y así, como concretos actos de investigación, podemos señalar como más importantes: la inspección ocular de la "escena del crimen"; la recogida de vestigios materiales; su examen con las más modernas técnicas de la policía científica, (dactiloscopia, balística, acústica forense, análisis químico de sustancias, etc.); la toma de declaraciones a sospechosos y testigos; tasaciones económicas; informes técnicos varios...

Instrucción. A diferencia de la "investigación", la instrucción tiene un significado de corte más formal, pues por un lado, instruir equivale a enseñar, informar o comunicar y, por otro, supone la formalización de un proceso o expediente, conforme a una serie de reglas preestablecidas. La Instrucción, por tanto, consiste en el "caudal de conocimientos adquiridos" sobre una materia o

[20] DE LA OLIVA SANTOS, en ob. cit. 95.
[21] MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio en *La Instrucción Penal*, Marcial Pons, 1999

cuestión determinada, y el "curso que sigue un proceso o expediente que se está formando o instruyendo"[22].

Se trata de la actividad inicial del proceso, la primera etapa o fase, que incorpora el material fáctico y jurídico necesario para que "se instruyan" el Juez y las partes procesales, y, a tenor de ello, decidir la apertura del juicio o el cierre y archivo del proceso. Es la fase preparatoria del núcleo decisorio del proceso: el juicio oral o, en su caso, la evitación del mismo, al decretarse el cierre o clausura del proceso.

La instrucción se opone a las otras fases del proceso, las de conocimiento, fallo y ejecución de lo resuelto, y consiste en la actividad en la que se acopia y deja constancia del material probatorio y de las medidas de aseguramiento de personas y cosas, referentes a una causa penal[23].

Ciertamente estamos ante un concepto que la legislación procesal penal, identifica con el "sumario", si bien podríamos indicar que éste es el instrumento en el que se plasma el ejercicio de dicha actividad. Esto es, el sumario es el cauce en el que se documenta y canaliza, toda la actividad procesal de la primera fase del proceso. Y tiene la importancia de que, con el conocido aforismo, *lo que no está en los autos, no está en el mundo.*

Después de lo dicho, parece evidente extraer dos conclusiones: que la función instructora ha de atribuirse, únicamente, a un órgano de formación jurídica, capaz de desarrollarla con la independencia suficiente; y que se trata de algo distinto de la investigación, actividad previa, o coincidente con ella, pero contenida en la instrucción, y cuyo resultado ha de ponerse a disposición del Juez o Fiscal competente.

De acuerdo al aún vigente Código de Procedimientos Penales sólo pueden proceder a la acción penal el representante del Ministerio Público (Fiscal Provincial) Acción Pública; Art. 11 y Art. 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y los agraviados en los delitos que los afecten y por acción privada los

[22] JESCHECK, H en "El Derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1974, núm. 86 pág. 765.
[23] CALDERÓN/CHOCLÁN en *Derecho Procesal Penal*, pág. 546, Editorial Dykinson, 2002.

delitos perseguibles por ley; por el procedimiento de querella (difamación, calumnia e injuria)[24].

Entre las atribuciones del Fiscal Provincial tiene las siguientes alternativas

a. Abrir una investigación preliminar directa (ante el Despacho del Fiscal o Sede del Ministerio Público).

b. Abrir investigación preliminar por medio de la P.N.P. por disposición del Fiscal, mediante resolución, plazo 30 días para elaborar el correspondiente Atestado Policial.

c. Formalizar directamente la denuncia por ante el Juez Penal.

Ahora bien, el Nuevo Código Procesal Penal no hace referencia a la investigación preliminar en tales términos, sino que ésta se halla inmersa dentro de las dos fases que constituyen la investigación preparatoria, bajo la nomenclatura de "Diligencias Preliminares". Para ello, establece una diferenciación de lo que se denominan "Diligencias Preliminares" definiéndolas como un estadio previo a la denominada investigación preparatoria. De esta forma, se tiene que el tiempo de las diligencias preliminares empieza a correr, según los casos, a partir de los primeros actos de investigación efectuados por el personal policial luego de recepcionada por estos una denuncia, o cuando las mismas verificaciones fueran realizadas por personal policial por disposición del Representante del Ministerio Público[25].

IV. EL ROL DE LA FISCALÍA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

¿Quién es el responsable de la Investigación Preliminar? Si asumimos ya desde el marco de la Constitución que el Fiscal tiene la necesidad y la responsabilidad de calificar la investigación, es obvio que él asume esa responsabilidad y lo va

[24] Un importante desafío en la configuración de la instrucción criminal consistía en determinar los mecanismos idóneos para conferir eficacia y agilidad a la actividad persecutoria estatal con el fin de superar el ritualismo y la burocratización típicos del sumario inquisitivo. La creación de una organización flexible de fiscales, que dispone de una serie de mecanismos legales para llevar a cabo una investigación dinámica, desformalizada

[25] Tales diligencias podrían iniciar a partir del descubrimiento e intervención policial en delitos flagrantes o desde que encontraran elementos de prueba a partir de pesquisas, intervenciones u otro acto policial.(N.de A.).

hacer más aún con el NCPP porque ahí si se le delega, no solamente por la Constitución sino por el mismo Código, la conducción y dirección de la investigación y su calificación. En la actualidad esta responsabilidad es asumida de manera compartida por la policía y por la fiscalía; no obstante, quien realiza la calificación siempre es el Fiscal, en consecuencia, si el Fiscal califica mal la investigación o la denuncia, es su responsabilidad.[26] En atención a la importancia que posee esta institución, estimo pertinente para enriquecer el presente artículo, ahondar respecto a los orígenes constitucionales del Ministerio Público.

Marcial RUBIO sostiene que el Ministerio Público «es un órgano autónomo del Estado, esto es, independiente en sus decisiones, que tiene por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad. No es un contralor ni un censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tiene capacidad de imponerles decisiones ni de pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los magistrados, y ejercitando derechos diversos de intervención dentro de los procesos»[27].

Desde el ámbito de sus competencias, el Ministerio Público evolucionó como institución, desde ser parte del Poder Judicial por muchos años hasta adquirir su propia autonomía frente a éste bajo el marco constitucional de la Carta de 1979 reafirmada en la Constitución de 1993 y en donde se otorga al Fiscal la facultad de vigilancia e intervención en la Investigación Preliminar, a fin de orientarla en cuanto a la prueba.

No obstante a ello, el mantenimiento del viejo Código de Procedimientos Penales de 1940, generó el que se desarrollen para un mismo hecho la

[26] Art. 60 del NCPP: "El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función".

[27] RUBIO CORREA, Marcial: El Sistema Legislativo en la Constitución de 1993. En La Constitución de 1993 - Análisis y Comentarios. Tomo 1.. p. 165 A contracorriente de lo anotado, el profesor español Luis María DIEZ-PICAZO sostiene una tesis sugerente, mediante la cual afirma no existen razones empíricas y axiológicas por las que el Ministerio Público deba estar dotado de genuina independencia en un moderno Estado liberal-democrático. La argumentación que expone se basa en que no estando siempre en juego los intereses del Ejecutivo, no es necesario que el Ministerio Público sea independiente de él.

existencia de tres investigadores: por un lado puede Investigar La Policía por delegación y bajo la supervisión del Fiscal, por otro también lo puede hacer el Fiscal directamente en su despacho y más adelante el Juez en el Juzgado, quien, a pesar de la denominación de Juez Penal, asume en la práctica la condición de magistrado Investigador en la etapa de la Instrucción.

Ahora bien, de acuerdo a las atribuciones que le ha conferido la Constitución Política de 1993 y la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Fiscal es el Director de la Investigación Preliminar, ya que a él se le ha asignado la encomienda de conducir desde su inicio la investigación del delito. En ese sentido, la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos en el ámbito de su función.

No obstante, las relaciones entre estas dos instituciones no han estado ausentes de problemas, desde la creación del Ministerio Público en el año 1979, pues antes de la mencionada Carta Política, era la policía la que directamente desarrollaba la investigación dando cuenta de sus resultados directamente al Juez, quien a su vez calificaba y determinaba si debía o no abrir instrucción, quedando la condición de la fiscalía en el plano de un mero impulsor de la acción penal.

La ausencia de dirección de la investigación ha sido un problema tradicional de los sistemas inquisitivos. El juez penal, agobiado por la sobrecarga de trabajo jurisdiccional y administrativo y limitado por la rigidez de su función, no tiene capacidad para establecer una estrategia de investigación para cada delito que es denunciado en su tribunal. En muchos casos, la policía recibe las instrucciones del tribunal sin tener contacto con el juez y sin conocer el propósito de las mismas, si es que lo tienen, y responde por escrito y ritualmente las órdenes de investigar remitidas[28].

Para subsanar este problema es que el NCPP constituye al Fiscal en el Director de la Investigación Preliminar o etapa previa al proceso, variando su rol

[28] En un planteamiento extremo, que refleja un problema especialmente crítico en los sistemas de justicia criminal latinoamericanos, BINDER se pregunta: "¿Quién investiga?" Y la respuesta es: "Nadie". Hay una especie de rito, una especie de liturgia de la investigación. Pero tenemos que sincerarnos en este espacio: *nadie está investigando.* Muchos dicen: "En nuestros países hay una gran impunidad". Yo me pregunto: "¿Cómo no va a haber impunidad si nadie está investigando? La impunidad no nace por generación espontánea sino por una crisis profunda del modelo de juez de instrucción", BINDER (A.), "Justicia penal: de la tradición inquisitiva al ideal republicano", cit. p. 222

protagónico cuando se da inicio al Proceso Penal, pues aquí es donde el Juez en la etapa de la Instrucción judicial se constituye en el Director de ésta, asumiendo el Ministerio Público una nueva función, consistente en representar en juicio a la sociedad, velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia, perseguir la reparación civil, controlar el proceso, y ejercer las demás atribuciones que le confiere ley.

La transformación de un sistema de instrucción de carácter judicial a uno que podríamos denominar "administrativo con control jurisdiccional" tiene la ventaja de liberar al juez de la carga de gestionar la persecución penal, función para la cual no se encuentra llamado políticamente ni adaptado estructural ni funcionalmente, permitiéndole dedicarse en forma exclusiva a tareas clásicamente jurisdiccionales[29]. En efecto, en el diseño de las constituciones republicanas el concepto de jurisdicción descansa en la idea de control de ciertos actos que, por experiencia histórica, ponen en peligro o afectan derechos fundamentales de los ciudadanos. La atribución de la función de investigación a los jueces compromete seriamente esta tarea y afecta inexorablemente su imparcialidad a la hora de resolver.

De acuerdo a las competencias actualmente delegadas al Ministerio Público, tras tomar conocimiento de un hecho ilícito puede optar alternativamente por iniciar una investigación preliminar en su propio despacho o disponer que la misma sea realizada por personal policial, disponiendo además las diligencias que deberán actuarse, debiéndose tener en cuenta que en esta etapa no existe plazo alguno que obligue al Representante del Ministerio Público a parametrar sus investigaciones preliminares cronológicamente, lo que ha conllevado a que las investigaciones preliminares tengan duración que en muchos casos caen en la exageración, y que además de los plazos ordinarios establecidos para la tramitación de los procesos ante el órgano jurisdiccional hacen interminables las investigaciones de las conductas ilícitas.[30]

[29] Se citan entre otras razones, la rigidez y formalización de la posición del juez, derivadas de las exigencias de independencia e imparcialidad, y la ausencia de movilidad, de adiestramiento en técnicas de investigación criminal, de mediación con el órgano policial, etc.(N. de A.).

[30] Asimismo, en consonancia con la cultura inquisitiva imperante, actualmente, se realizan investigaciones preliminares en la gran mayoría de casos que llegan a los despachos fiscales, situación que muchas veces genera falsas expectativas en los usuarios de la administración de justicia, y que finalmente terminan siendo archivadas de modo definitivo por cuanto se

Con la implementación del Nuevo Código Procesal estas realidades varían, pues en principio ya no existe formalmente una etapa de investigación preliminar, habiéndose establecido solamente la existencia de tres etapas procesales consistentes en: la etapa de investigación preparatoria, etapa intermedia y etapa de juzgamiento; siendo que dentro de la primera de ellas, etapa preparatoria, se incluye la actuación de "diligencias preliminares" que cuentan ahora sí con un plazo máximo establecido legalmente e inmediatamente, si el caso lo amerita, el Ministerio Público procederá a formalizar la correspondiente investigación preparatoria con las características propias de la misma; por lo que, válidamente podemos afirmar que con el nuevo Código Procesal Penal se faculta a los miembros del Ministerio Público a efectuar una selectividad de casos, mediante la cual solamente serán materia de investigación y posterior juzgamiento aquellos casos que en realidad ameriten llegar a dichos estadios procesales, luego de haberlo determinado así una verdadera investigación exhaustiva.

V. DILIGENCIAS PRELIMINARES

Siguiendo a Pedro Arana Angulo, podemos decir que: "Las diligencias preliminares comprenden tanto un lapso temporal inicial muy corto de la investigación del delito como a un conjunto de diversas actuaciones, algunas pensadas y planificadas y otras circunstanciales, previas a la apertura formal de investigación, mediante las cuales de confirmará o descartará la existencia del ilícito".[31]

El Nuevo Código Procesal Penal delega al Fiscal la obligación de promover la investigación de oficio, en el caso de delitos de persecución pública o por denuncia de parte de la presunta comisión de un hecho delictuoso, en concordancia con nuestra Constitución Política vigente que señala que el Fiscal

advierte que el hecho denunciado no es constitutivo de delito, o se evidencia la falta de algún requisito de procedibilidad, etc., hecho que ha generado malestar en los referidos usuarios del sistema de justicia generando una especie de frustración en los mismos .(N. de A.).

[31] ARANA ANGULO, Pedro Miguel. Texto Inédito, extraído del material del II Módulo del Seminario de Actualización de Derecho procesal Penal, Facultad de Derecho de la PUCP, Lima 2007.

es el titular de la persecución penal pública y la vigencia de los principio de oficialidad y legalidad.[32]

Estas diligencias preliminares, permiten al Ministerio Público o al personal policial, bajo su dirección, realizar labores investigativas que no impliquen restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales, es decir, la búsqueda de los elementos de prueba, la obtención, aseguramiento y preservación de la evidencia física, la identificación de sospechosos y los agraviados, entrevistas, interrogatorios y otras actividades que lo conduzcan a determinar a *prima facie* si se cometió alguna conducta punible y la identidad de los presuntos responsables, que le permitan dar inicio al ejercicio de la acción penal. En suma, las diligencias preliminares tienen como objetivo el inmediato desarrollo de actos urgentes o inaplazables, con el propósito que el Fiscal determine si debe o no formalizar investigación preparatoria. De esta forma, la intervención del Fiscal reviste su trascendencia, por cuanto debe constituirse inmediatamente al lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios e iniciar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos, y si el caso lo requiriera, impedir que el delito genere consecuencias ulteriores y que se altere la escena del crimen.

Ahora bien, no en todos los casos, el Fiscal va a encargar al personal policial en la puesta en práctica de diligencias preliminares, a excepción cuando se acredite la comisión de un hecho delictuoso y en los que no se ha identificado al presunto autor. En el resto de casos el Fiscal debe evaluar y valorar la complejidad de los hechos denunciados y la magnitud de los mismos y, de acuerdo a ello, tomar la determinación de la participación o no de la Policía Nacional. Por otro lado, cuando es la Policía la que toma conocimiento del hecho criminal, está obligado a dar cuenta inmediatamente al Ministerio Público, por la vía más rápida y por escrito, brindando la información esencial del hecho y de los elementos

[32] En este sentido, el Ministerio Público aparece como un órgano constitucional autónomo promotor de la acción de la justicia con función requirente, el fiscal no es juez, sus decisiones son distintas a las decisiones de los jueces, no hay obviamente una igualdad en el trato constitucional, ni tampoco en la función que ejerce. Las funciones de ellos se complementan, uno es requirente y el otro es decisor. Las funciones que prevé la Constitución en el articulo 159° son las siguientes: promover de oficio, o a petición de parte, la acción de la justicia en defensa de la legalidad; velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales; representar en los procesos judiciales a la sociedad; conducir desde su inicio la investigación del delito; ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; emitir dictamen previo a la resoluciones judiciales; tener iniciativa en la formulación de leyes. (N. de A.).

inicialmente recogidos, así como las acciones que se han tomado o las actividades que ha realizado, tras lo cual podrá continuar con los actos de investigación por delegación del Fiscal, y culminada la misma deberán elaborar su informe policial.

Las diligencias preliminares no forman parte de una etapa diferenciada de la investigación, por esta razón es que la decisión de realizar diligencias preliminares es discrecional, lo que se deduce de los Arts. 330 y 334 del Nuevo Código Procesal Penal, quedando a consideración del Fiscal el considerar que los hechos materia de denuncia son suficientes para proceder a la formalización de la investigación o el archivamiento del caso.[33]

VI. PLAZO PARA LA ACTUACION DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

Las diligencias preliminares tienen por finalidad determinar si se debe o no formalizar investigación preparatoria, el plazo para su actuación es de veinte días, salvo en los casos en los que existen personas detenidas en que se deberá realizar las diligencias preliminares dentro de las 24 horas que establece la ley o 15 días en aquellos delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y Terrorismo.

Cabe aclarar que este plazo es susceptible de ser ampliado por el Fiscal, cuando considere que las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación precisan de una prórroga; empero, si una de la partes no está de acuerdo con la ampliación del plazo dispuesta por el Fiscal, puede solicitarle que dé término y dicte la disposición que corresponda, en caso que el Fiscal no acepte la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, quien se considere perjudicado está facultado para acudir al Juez de la Investigación Preparatoria quien en mérito a su función de Juez de Garantía determinará si el Fiscal se ha excedido en el plazo para la actuación de las diligencias preliminares, para ello celebrará una audiencia con la presencia del Fiscal y del

[33] Puede ocurrir que no exista necesidad fáctica de que se actúen diligencias preliminares y ello no significa que sea irregular el que no habiéndose actuado diligencias preliminares se proceda a aperturar formalmente la investigación preparatoria contra alguna persona, así lo señala el Art. 336 del acotado al indicar que de la sola denuncia podrían aparecer los requisitos mínimos que justificarían ello; por esta razón, debemos señalar que las diligencias preliminares sólo se realizarán si aparece razonablemente la necesidad de su actuación.

solicitante, de lo que se infiere que el Juez de la Investigación preparatoria puede intervenir antes de la formalización de la investigación, sin que por ello el Fiscal quede obligado a disponer la formalización, por lo que válidamente el Fiscal puede disponer el archivo definitivo de la investigación sin intervención judicial hecho que no será posible en el caso que el Fiscal haya procedido a formalizar investigación

VII. EL ROL DE LA POLICÍA NACIONAL Y SU PARTICIPACIÓN DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DE ACUERDO AL NCPP

El artículo 67 del NCPP, en el numeral 1, señala que "La Policía Nacional en su función de investigación debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al Fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley Penal.", con lo cual se establece con bastante precisión la función de investigación de la Policía Nacional. No obstante, delega al Fiscal la dirección de la investigación, pues el numeral.3, del art. 65º así lo expresa taxativamente; aún más, el numeral 2 del referido art. reafirma la condición obligatoria de apoyo al Ministerio Público por parte de la PNP.

La policía es un sujeto procesal no interviniente del procedimiento penal, aunque tiene el carácter de auxiliar o de órgano colaborador en las tareas de investigación criminal, no cabe duda de que su función es central en la fase de investigación preparatoria de los delitos.

Su posición en los sistemas comparados de justicia criminal es de tal entidad, que se la define como "verdadera gestora de la investigación", destacando su "dominación fáctica" de la fase preparatoria del proceso y su amplia autonomía del ministerio público, a pesar que, en general, el texto del NCPP lo subordina, ya sea orgánica y/o funcionalmente al Ministerio Público. Así, el Artículo 68 del NCPP establece las atribuciones de la Policía, precisando, no obstante, su subordinación al Fiscal en lo concerniente a las distintas diligencias a llevar a cabo dentro del proceso de investigación entre las que resaltan: a) Recibir las

denuncias escritas o sentar las actas de las verbales, así como tomar declaraciones de los denunciantes; b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos, a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito; c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito; d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación; e) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito; f) Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas; h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos; i) asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación; j) Allanar locales de uso público o abiertos al público; k) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración; l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor; m) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal; y, n)Las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados; observándose que esta última atribución asigna a la Policía Nacional un rol importante e imprescindible para el logro de los objetivos de la función de investigación, por cuanto es abierta y deja a la imaginación del investigador policial la utilización de procedimientos policiales adecuados con el fin de llegar a la verdad.

Todas estas diligencias, serán sentadas las actas detalladas correspondientes, las mismas que serán entregadas al Fiscal quedando claramente determinada una relación de dependencia con el Ministerio Público por parte de la PNP.

VIII. CONCLUSIONES

Para concluir, deseamos exponer una serie de reflexiones a partir de todo lo indicado, y que se dirigen a resumir las ideas esenciales y a destacar algunas de las propuestas que consideramos más significativas.

Primera.- Debemos convenir que la primera fase del proceso penal, llamada «Investigación Preparatoria», se caracteriza no tanto por "preparar" el juicio como por realizar un estudio y práctica de las primeras diligencias investigatorias y de las resoluciones de naturaleza instructora, correspondientes, a fin de resolver si se archiva o si se pasa a la siguiente fase del proceso.

Segunda.- Se hace evidente que en esta primera fase o etapa del proceso, consta de dos actividades o funciones que es preciso distinguir: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha. Se trata de actividades distintas, ya que la primera tiene un componente empírico, fáctico, de realizaciones directas sobre el objeto de las averiguaciones, en tanto la instrucción, supone, esencialmente, una actividad de valoración de hechos y situaciones, de naturaleza jurídica.

Tercera.- No existe unanimidad en el Derecho comparado, sobre a quién atribuir las funciones integrantes de la fase preparatoria del proceso, si bien en los países anglosajones la policía no sólo investiga sino que tiene facultades para aportar pruebas y acusar, y en Europa Continental y Latinoamérica, por el contrario, la policía investiga, dirigida por el Ministerio Fiscal, y entrega los resultados de su investigación, al Fiscal -Italia, Alemania, Chile, Argentina- o al Juez de Instrucción -España, Francia o Grecia, Honduras, Brasil-.

Cuarta.- Ha de subrayarse la existencia, no obstante, de un movimiento de convergencia, en el que el Fiscal dirige la investigación, por sí o encargando concretas diligencias a la Policía, instruye las causas menos graves y, por ser quien gestiona el principio de oportunidad es el eje sobre el que pivota la fase preparatoria del juicio. De ese modo, el Juez de Investigación, controla el material que se aporta al proceso, resuelve las cuestiones en que haya discrepancia entre Fiscal y partes y adopta las decisiones relativas a las garantías de los implicados. En este punto, es fundamental articular la autonomía/dependencia de la Policía respecto al Ministerio Fiscal, lo cual requiere propuestas, estructuras y recursos para hacerlo efectivo. En esta línea, es fundamental el control judicial, que asegure la contradicción y el respeto de las garantías a lo largo de esa primera fase preparatoria.

Quinta.- Sin embargo, en esta primera fase, por mucha participación que se conceda a las partes, -acusadas y acusadoras no oficiales- nunca puede llegarse a que se pongan en peligro la confidencialidad y lógica reserva de las primeras investigaciones, por lo que siempre será necesario "convalidar" esa actividad

policial-fiscal, ante el órgano judicial, quien, de un modo o de otro, acabará asumiendo la instrucción -pudiendo ordenar la práctica de nuevas diligencias o anulando las que estime realizadas con vulneración de algún derecho fundamental-, y resolviendo, en último término, si se abre o no el juicio oral, y en qué condiciones (imputados, pruebas, medidas cautelares...).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARANA ANGULO, Pedro Miguel. Texto Inédito, extraído del material del II Módulo del Seminario de Actualización de Derecho procesal Penal, Facultad de Derecho de la PUCP, Lima 2007.

- BINDER (A.), "Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina", en *Justicia penal* **y** *Estado de derecho, A*d-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 201 y SS

- CALDERÓN/CHOCLÁN en *Derecho Procesal Penal*, pág. 546, Editorial Dykinson, 2002.

- CAMPOS NAVAS, Daniel en "Iniciativa, acopio y obtención de los medios de prueba en el proceso penal: garantías necesarias". Ponencia presentada al Curso *Garantías del imputado en el proceso penal* del CEJAJ, pendiente de publicación. Mayo 2002

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés en *Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*, PPU, 1988.

- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio en *El modelo constitucional de investigación penal*, pág. 17, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

- GUILLÉN SOSA, Henry, Derecho procesal Penal, Editado por la Fundación Luis Tabo Investigación Preliminar en el Nuevo Código Procesal Penal l María, Arequipa 2001

- JESCHECK, H en "El Derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1974, núm. 86

- MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio en *La Instrucción Penal*, Marcial Pons, 1999

- RUBIO CORREA, Marcial: El Sistema Legislativo en la Constitución de 1993. En La Constitución de 1993 - Análisis y Comentarios. Tomo 1.

- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Gaceta del Tribunal Constitucional Nº 2, Abril – Junio – 2006, Lima.

- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel en "Instrucción", *NEJ*, pág. 117, Tomo XIII, Ed. Francisco Seix SA, Barcelona, 1968

LA REINCIDENCIA COMO ELEMENTO CONTRADICTORIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL

Por: Ms. KARINA MERCEDES CASTAÑEDA HINOSTROZA

Fiscal Adjunta Provincial Penal (P) del Distrito Judicial de la Libertad

***SUMARIO*: I**. Introducción, **II**. La Reincidencia en la Doctrina Penal Extranjera, **III**. El Gran Problema de la Reincidencia, **IV**. La Reincidencia como Agravante de la Pena, **V**. El Fundamento de la Reincidencia, **VI**. Cuestionamiento a la Legitimación del Estado en la Reincidencia, **VII**. Conclusiones, **VIII.** Bibliografía.

En este artículo se hace un estudio doctrinal profundo sobre la naturaleza jurídica de la reincidencia y el inconveniente de su mantenimiento en el ordenamiento penal peruano.

I. INTRODUCCIÓN.

La recaída en el delito es un problema que viene preocupando no solo a los penalistas en cuanto pretenden justificar la agravante en base a diversos criterios, sino a los criminólogos con referencia a la motivación, a los penitenciaristas por los problemas de tratamiento que plantea, a la propia administración de justicia -en cuanto al notable incremento de la reincidencia-, a los políticos por el problema social que les crea y, finalmente, a la sociedad en

general, por el mayor temor que se le tiene al sujeto que una y otra vez incide en su conducta criminal.

El tema posee un interés especial por la modificación de que ha sido objeto nuestra legislación penal por la Ley N. 28726 del 9 de mayo del 2006, la cual modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal de 1991[34] de la siguiente forma. Por un lado, se insertaron en el art. 46 del CP dos agravantes genéricas de la pena: la habitualidad (inc. 12) y la reincidencia (inc. 13), por otro lado se incorporaron en drásticas disposiciones esas agravantes. De esta forma, el art. 46-B, dispone:

> *El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. / El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. /*
>
> *A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.*

En el art. 46-C se establece:

> *Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.*

De esta forma se cambió el rumbo de una jurisprudencia penal que desde 1991, año de la promulgación del Código Penal parecía que iba por el camino de resolver algunos de los problemas que planteaba los vestigios de un Derecho retribucionista por un modelo, tildado por la mayoría de especialistas, de garantista y acorde con las modernas tendencias respecto a la pena.

[34] Además, mediante el D. Leg N. 982 (del 22.07.2007), se modificó el art. 57 del CP referente a la determinación de la ejecución de la sanción, En esta disposición se prevé la improcedencia de la suspensión de la ejecución de la pena cuando el agente es reincidente o habitual.

II. LA REINCIDENCIA EN LA DOCTRINA PENAL EXTRANJERA

Ahora bien, de este tema se han ocupado de forma especial en la doctrina española, por ejemplo, Rodríguez Mourullo[35], hay dos monografías de Mir Puig[36] y Martínez Zamora[37], así como un estudio criminológico de Landín Carrasco[38]. Esto sin contar con el comentario de otros autores en sus manuales o referencias en otros trabajos.

En el Derecho Alemán es importante el trabajo de Jackobs[39] al respecto denominando como «enemigo», entre otros, al delincuente habitual, a quien hace del crimen su «modo de vida». Su tesis explica una realidad normativa innegable: aquella que se caracteriza por excluir mediante la aplicación de penas mucho más duras, a quien, por su historia criminal, se ha convertido en «enemigo», esto es en una mera fuente de peligro que amenaza la normal convivencia social.[40]

III. EL GRAN PROBLEMA DE LA REINCIDENCIA

El gran problema que se ha planteado tanto en la doctrina y jurisprudencia sobre la reincorporación de la reincidencia en la legislación penal, es qué se considera "cumplimiento parcial" de la pena anteriormente impuesta, y, dentro de él, si en ese cumplimiento puede considerarse comprendido el tiempo sufrido en prisión preventiva. Para unos, dada la indistinción de la ley, esto último tiene que admitirse; para otros acentuando la interpretación teleológica del instituto- la prisión preventiva tiene que ser descartada como cumplimiento parcial de la pena y hasta se discute si basta cualquier tiempo de cumplimiento

[35] RODRIGUEZ MOURULLO, G.: en CÓRDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, págs. 724 y ss.
[36] MIR PUIG, S.: La reincidencia en el Código Penal, Edit. Bosch, Barcelona, 1984.
[37] MARTÍNEZ ZAMORA, A.: La reincidencia, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1991.
[38] LANDIN CARRASCO, A.: Estudio criminológico sobre la multireincidencia, Civitas, Madrid, 1975.
[39] JACKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ, Derecho Penal del Enemigo, Thompson Civitas, Madrid 2003, Págs. 81.
[40] Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como - es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. (JACKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ, Ob. Cit., Págs. 81-83).

o es necesario un tiempo dado: algunos se pronuncian aceptando plazos de días; otros requieren dos tercios de la pena impuesta; hasta ahora no ha habido la menor uniformidad en los pronunciamientos. Lo que sí queda en claro es que la pena tiene que haberse comenzado a cumplir "cómo pena"; por tanto, cualquier circunstancia que impida la efectivización de ella hace imposible la declaración de reincidencia, ya se trate de una circunstancia jurídica (p.ej., condenación condicional) o no (p.ej., "rebeldía" del condenado), y en esos casos es indudable que la preventiva sufrida no puede tomarse como de cumplimiento "parcial" de aquélla.

IV. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE DE LA PENA

Los antecedentes de la reincidencia como agravante de la pena en el Perú son de vieja data. De esta forma, lo podemos encontrar en los Códigos penales de 1863[41] y de 1924[42]. Fue proscrita por el Código Penal de 1991. Su reincorporación empezó antes de dictarse Ley N. 28726, dentro del marco de las leyes que se dieron durante el régimen de Fujimori en la denominada «legislación antiterrorista». Así la encontramos en el art. 4 del D. Leg N. 921.[43]

Es importante destacar que, mediante la STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC el Tribunal estableció que: « [...] *la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior*»; posición ésta muy controversial en cuanto a la naturaleza jurídica de la reincidencia y es que éste no es una situación fáctica, sino es un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal. Lo fáctico (el nuevo hecho) es valorado negativamente

[41] El CP 1863 lo reguló así: «Art. 10. Son circunstancias agravantes: […] 14. Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie».
[42] Así lo prescribió el CP 1924: «Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad».
[43] En este Decreto Legislativo, se indica lo siguiente: «la pena máxima para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del D. Leg N. 25475 será de cadena perpetua».

pues el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico[44].

Una de las notas relevantes de la legislación penal sustantiva es su orientación positivo-peligrosista que ha ocasionado un grave deterioro del Sistema Penal que, a través de la criminalización legal y fáctica, ha acrecentado la desigualdad social.

Todo transcurre como si no existiere la Constitución que consagra un sistema alejado de la ideología positivo peligrosista y es, precisamente, el obstáculo que se debe remover.

Existe una gran tendencia a la criminalización y no sólo en la Parte Especial del Código Penal, también en la General por lo que, ahora se analiza la reincidencia como uno de los productos de la desenfrenada inflación legislativa. El reincidente para el Sistema Penal es más peligroso o más culpable, pero lo cierto es que se le aumenta la punición con el argumento de que crea alarma social. Tal alarma se refleja en el Código Punitivo que lo trata con mayor rigor.

No es cuestionable que el Derecho Penal busque una respuesta a esta recaída, lo que sí es cuestionable es que se busque en la agravación de responsabilidad penal[45].

Es una creación jurídica que centra su atención exclusiva en el castigo, mostrando un retraso en el Sistema Penal. Es ya el momento de definirla. Su estudio debe ser iniciado en la ley positiva que gobierna la situación porque es un concepto jurídico que sólo puede emanar de esa ley positiva a la que el individuo no aporta nada, a no ser que su o sus anteriores delitos deban considerarse una aportación. La reincidencia se define como "comisión de una

[44] El nuevo hecho es otro para el derecho: es un hecho más aflictivo. Así, solo normativamente (existen diversas posiciones que desarrollan sus fundamentos) se puede explicar el contenido de dicha agravante.

[45] GONZALEZ CUELLAR SARCIA, Antonio, "La Reincidencia' en Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Privado, Tomo V, Vol. 2o., Madrid, EDERSA 1985, pág. 13.

infracción penal por parte de quien, con anterioridad de la misma, ha sido condenado por otra infracción penal".[46]

Se ha cuestionado en torno a su razón de ser, afirmando que existe porque los antecedentes penales existen y la reincidencia se ha convertido en uno de sus efectos. Al mismo tiempo se afirma que es una reacción ante la supuesta mayor peligrosidad en los delincuentes que vuelven a cometer delitos. Es una prueba de fuego para el Sistema Penal, ya que su mayor o menor efectividad se mide por ella. Se debe reconocer que sus cifras son escandalosas y revelan el poder estigmatizante y fracaso correccionista de la pena porque demuestra que ésta no fue capaz de disuadir al sujeto de futuras acciones delictivas y *que,* socialmente, el delincuente no tuvo una alternativa distinta a la reiteración de un delito. Lo cierto es que cada vez hay más reincidentes y mayor facilidad para reprimirlos: "El sistema carcelario contemporáneo explican Rusche y Kirchheimer acaba por oscilar siempre más hacia la perspectiva de su extinción y de su transformación en instrumento del terror, ajeno definitivamente a toda función objetiva de reeducación".[47]

Su presencia en el Código Penal favorece hechos como el control llevado a cabo por la policía que vigila más a determinados estratos porque ya han delinquido, también favorece el trato desigual para defender a quienes carecen de medios económicos con la dudosa calidad del defensor público quien se limita a aceptar la acusación del Fiscal.

El delito o delitos anteriormente cometidos tienen tal fuerza que logran únicamente prolongar una situación delictiva en aquellos que la sufren impidiendo su reincorporación a la vida libre, tal parece que esta situación delictiva es una instancia más de control social, con esa permanente información y fichaje del individuo es "la importancia de la supervivencia de la marca penal, una vez cumplida la condena, como factor que facilita el control".[48]

[46] MIR PUIG, Santiago, La Reincidencia en el Código Penal, Barcelona, 1974, pág. **7**
[47] Citados por MUÑOZ CONDE, Francisco, "La Resocialización del delincuente Análisis y Crítica de un mito", en Cuadernos de Política Criminal, Instituto de Criminología, No.7, Madrid, 1979.
[48] GROSSO GALVAN, Manuel, Los Antecedentes Penales: Rehabilitación y Control Social, Barcelona, Bosch, 1983, pág. 365

En verdad, mantener la reincidencia en el Código Penal es una fuente de problemas para la vida del delincuente, que se nutre en el agravamiento de la pena y en impedir que se beneficie en el futuro de una condena condicional o de una suspensión condicional del fallo. Entonces, si la reeducación y la reinserción social no se han logrado y la reincidencia es prueba de ello ¿qué caso tiene conservarla allí donde es inútil su presencia?

Aísla al individuo, lo margina de su entorno social como un control ilegitimo que se mantiene alejado del principio de legalidad ¿qué impide entonces su supresión si no hay una justificación seria que explique su existencia?, y, sí, en cambio una sociedad que no acepte al sujeto, ni le da la oportunidad de Integrarse a ella como consecuencia de su rechazo.

Hay un punto sobre el que se debe hablar un poco más, el relacionado con los antecedentes penales. Ya Grosso Galván preocupado por la permanencia de los antecedentes penales afirma la necesidad de considerar al delincuente como un ser igual a los demás que, una vez cumplida su pena, puede volver a la comunidad como un miembro de pleno derecho a alta, sin nada que le recuerde continua y ominosamente el pasado.[49]

Así es que con la ejecución de una pena, no termina la reacción penal, ésta no es nunca lo suficientemente efectiva como para pagar la deuda que el delincuente contrae con la sociedad a la hora de delinquir y, precisamente, allí están los antecedentes para demostrarlo corno única forma de reproducir la vida en prisión. Con fórmulas así, olvídense los fines de reinserción social, si el Legislador se empeña en mantener al sujeto ocupado en prisión. Como apunta Roxin: “muchas veces la pena privativa de libertad se prolonga como una sombra para el condenado durante el resto de su vida”[50]. Tal parece que la reincidencia es un lubricante en el actual sistema de penas, inclusive para la sociedad, actúa como información oficial. Una información tan “buena” que le arruina la vida al sujeto que la sufre. Una verdadera violación a su derecho de privacía, como afirma Creifelds: “existe un auténtico derecho del condenado a

[49] Ibídem, Pág. IX.
[50] ROXIN, Claus, Iniciación al Derecho Penal de Hoy, Trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, 1981. pág. 23.

presentarse sin mácula, una vez que ha cumplido la condena"[51]. Vale decir que si no se alcanzó en la anterior condena la resocialización, entonces la que tendría que resocializarse es la prisión. La reincidencia no es idónea para la resocialización, ya lo afirmó Muñoz Conde: "hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estima correcto".[52] El control social se convierte así en un ingrediente adicional de sometimiento, de dominio de unos sobre otros y lesiona la libre autonomía individual. La desaparición de la figura da la reincidencia se toma como algo urgente. La contradicción es muy clara, el sujeto tiene una insistencia en delinquir y esto es suficiente para aumentar la punición con independencia del delito de que se trate. Es una realidad legislativa que se comenta por sí misma, por eso la única solución que se puede mantener es su supresión legal porque fomenta el rechazo de la sociedad y resentimiento en el individuo. El autor se muestra "poco inteligente" -si así se quiere ver- y no resulta influenciable por la ejecución de la pena.

V. EL FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA

La doctrina ha buscado un fundamento para la reincidencia. A continuación se presentan esos puntos de vista pero se cuestiona sobre ellos.

El fundamento de la agravante radica en la mayor peligrosidad del autor Este punto de vista centra su atención en el examen de la personalidad del autor, en un pronóstico de conducta. Una presunción de la malicia personal del individuo que surge como una agravante del delito cometido. Al que delinque en más de una vez debe imponérsele una pena más grave que la impuesta en los otros supuestos.[53] La peligrosidad es una situación de riesgo que consiste en la probabilidad de verificarse un daño previsto como delito más o menos en forma inmediata.[54]

[51] Citado por GROSSO GALVAN, Manuel en 'Los antecedentes penales: rehabilitación y control social', pág. 9.
[52] MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., pág. 93.
[53] No ha sido posible eliminar el concepto de peligrosidad pues es el que persiste en la legislación penal, dando poder al Estado para excluir sujetos en aras de la defensa de la sociedad.
[54] Múltiples son las definiciones de peligrosidad, así Garófalo en 1912 la definió como la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente; Grispigni en 1920 la definió como la capacidad de una persona para devenir probablemente autora de un delito; Florián en 1928, la definió como la

La reincidencia es una forma de ser, pero no por ello ha de sancionarse, sin embargo en este argumento se considera que el individuo después de haber sido condenado a causa de la realización de un delito reincide por poseer una debilidad de voluntad o algún defecto intelectual.

La primera o sucesivas condenas no fueron eficaces por esas dificultades psicológicas, pero eso mismo ratifica el fundamento de la reacción legislada, orientada sobre el autor y no sobre el hecho cometido. Este concepto de peligrosidad viene dado por la corriente positivista basada en caracterizar los hechos delictivos y desviados como resultado de personalidades anormales o psicológicamente defectuosas ignorando el papel que juegan las instancias de control social en el comportamiento criminal, ya que es más fácil entender la reiterada conducta criminal como algo patológico que merece la aplicación de un principio de severidad. López Rey llama la atención en considerar la peligrosidad una noción de clase: **"...** la mayoría de los autores de esta criminología pertenecían -y siguen perteneciendo- a las clases o a los grupos sociales privilegiados. Y es esta criminología de clase la que ha inventado la peligrosidad, la readaptación y sobre todo, se ha servido de ellas como piedra de toque del delincuente".[55]

De ahí la importancia dada a la readaptación y al tratamiento. Al margen de que los criminólogos positivistas sean o no una clase privilegiada, lo cierto es que el delincuente que no hace caso de la advertencia que representa la primera condena, demuestra, para el positivismo, una mayor peligrosidad contra la cual hay que precaverse, denota desde luego la tenacidad y la índole perversa del agente y constituye un verdadero peligro para la sociedad".[56]

Para el criterio positivista el delito no es resultado del libre albedrío, sino determinado por una serie de causas que pueden remediarse a través de la rehabilitación, iniciándose así la "profilaxis criminal". Por eso el concepto de

aptitud del individuo para cometer delitos. (Citados por BERGALLI, Roberto, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, Barcelona, SERTESA, 1980, pág. 48).

[55] LOPEZ-REY, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad, en Cuadernos de Política Criminal. No. 19, Madrid, EDERSA 1983, pág. 20.

[56] MALAGARRIGA Carlos, Citado por BERGALLI, Roberto. en "La recaída en el delito, Edit. Del Puerto, Buenos Aires 1997, pág. 9.

peligrosidad significó para los positivistas una protección de valores inalterables y reconocidos y una base para eliminar individuos. En palabras de Bergalli: "La eliminación de los individuos que por su comportamiento rebelde pusieron en tela de juicio el orden social establecido queda justificado mediante el concepto de peligrosidad"[57]. Tal parece que poner en tela de juicio las estructuras socioeconómicas y políticas es lo que constituye la verdadera peligrosidad, no es válido atentar contra ellas. López Rey va más allá pues su punto de vista es contrario a la afirmación de la literatura criminológica positivista, ya que defiende un derecho individual y enfatiza en que lo más importante es la preocupación por una verdadera estructura de justicia social penal y no de nociones del pasado como la peligrosidad:

"la peligrosidad reside siempre en las estructuras socioeconómicas o los regímenes políticos manifiestamente contrarios a los derechos del hombre: esto quiere decir que en pura lógica, se impondría comenzar por analizar la peligrosidad de ciertos regímenes o de ciertas estructuras políticas antes de lanzarse a la construcción de teorías o fórmulas sobre la peligrosidad individual. Incluso estar loco no significa automáticamente ser peligroso"[58].

VI. CUESTIONAMIENTO A LA LEGITIMACIÓN DEL ESTADO EN LA REINCIDENCIA

Principios delimitadores

La reincidencia no es una medida necesaria para prevenir y reprimir la criminalidad. El Estado no está legitimado para imponerla y en el ejercicio concreto del ius puniendi constituye un abuso al que se puede acudir a pesar de sus drásticas consecuencias. Parece que lo único que se busca es el sufrimiento por el sufrimiento, es el legislador el que de una vez, debe reducir penas que, por su desproporción con el hecho cometido, parece que sólo tienen el sentido de que el delincuente sufra por el sufrimiento mismo sin que de ahí derive ninguna utilidad, ni para la sociedad ni para el que padece la pena[59]. La

[57] BERGALLI, Roberto, 'La recaída en el Delito" Ob. Cit. pág. 57
[58] LÓPEZ - Rey, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad", Ob. Cit. pág. 24
[59] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Estudios de Derecho Penal, 2a. ed., Madrid Ed. Civitas. S. A. 1981, pág. 62.

reincidencia no se mueve en el marco que fija la Constitución y viola varios preceptos, a saber:

1. **PRINCIPIO DE ACTO O DE CONDUCTA.**

Ya que las normas penales están para prohibir u ordenar acciones u omisiones, entonces, sólo deben ser aplicadas por lo que se ha hecho y no por lo que el sujeto es. Una proclividad a cometer delitos es una forma de ser y una forma de ser no significa lesión a bien jurídico alguno. El Derecho Penal como medio político criminal no debe utilizarse para regular formas de ser. La agravación de la reincidencia sólo se podría fundamentar en un Derecho Penal basado en la culpabilidad por la conducta de la vida, que es neo compatible con el principio de legalidad, que si bien es cierto no está explícitamente regulado en la Constitución de 1993, lo está a través de principios que le son inherentes y que el Tribunal Constitucional ha sintetizado de la forma siguiente:

> "el principio de legalidad exige que por Ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la Ley como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (**Lex Praevia**), la prohibición de la aplicación de otros derechos que no sea el escrito (**Lex escripta**), la prohibición de la analogía (**lex estricta**) y de cláusulas legales indeterminadas (**lex certa**)"[60]

Esta reflexión *conduce* a un segundo principio:

2. **PRINCIPIO DE TIPICIDAD.**

Que junto con el de legalidad defienden la existencia previa de tipos penales y su exacta aplicación de la ley- La reincidencia no puede ser elevada a la categoría de tipo, pues los tipos prohíben conductas lesivas de bienes jurídicos cuya protección es imprescindible y no formas de ser; el Derecho Penal se limita a la protección de bienes jurídicos y la agravante de reincidencia toma en cuenta

[60] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de fecha 23 -11-2004, Exp.: 2758-2004-HC/TC

sólo la actitud de rebelde, persistencia del autor frente al ordenamiento jurídico. Esto conduce a un tercer principio:

3. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

De acuerdo con él, una punición sólo puede ser aplicable si el hecho que sirve de presupuesto es realizado con culpabilidad. No hay punición sin culpabilidad y la punición no debe rebasar el límite de la culpabilidad.

La reincidencia rebasa este límite con lo que al sujeto se le sigue reprochando un delito anterior que ya le había sido reprochado en su momento, lo que contradice aquello de que el principio de culpabilidad puede deducirse del espíritu del Art. VIII del Código Penal[61]. pues determina una pena no proporcionada a la culpabilidad, toda pena de estas características se debe considerar desproporcionada, degradante e inhumana.

4. NON BIS IN IDEM.

El principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito consagrado por la Constitución en su Art. 139, inc. 13[62] se viola cuando se aumenta al reincidente la punición por un delito en virtud del cual ya se impuso pena. Se le está juzgando dos veces por ese delito y se crea una contradicción, la de llevar a un sujeto más allá del límite de culpabilidad a una institución sin libertad, con el fin de hacerle apto para la vida libre.[63] El hecho concreto no tiene más gravedad que la propia pena, y, ésta no se debería ver incrementada por la de otros hechos ya sancionados con anterioridad.

5. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCION.

[61] PROPORCIONALIDAD (**VIII**): La pena es proporcional a la responsabilidad por el hecho; la medida de seguridad es proporcional a los intereses públicos predominantes.
[62] Art. 139, Inc. 13: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (…) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.
[63] Es una referencia a anteriores delitos que conduce a un plus de punición que tiene por causa un delito anterior ya juzgado y que clasifica a los hombres en disciplinados e indisciplinados, que varía en su duración, pero igual se extiende por un término considerablemente superior al de la pena.

El Estado no puede pretender que a través del agravamiento de la punición un sujeto que ha delinquido en más de una vez haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar[64]. No con intervenir con mayor represión lo logrará. La lucha contra la criminalidad no se logra con el incremento del castigo, el Estado debe desplegar medidas no penales para combatir los factores que inciden en ella. El terror penal es inidóneo como medio jurídico de prevención del delito o de política criminal. La finalidad de la pena no ha de buscar integrar al reincidente en una sociedad que rechaza. Socializar significa únicamente que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar[65].

6. PRESUNCION DE INOCENCIA.

La aplicación automática de la agravante de reincidencia significa una presunción de la peligrosidad del autor que no es compatible con el art. 2, párrafo 24 de la Constitución que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.[66]

No con intervenir con mayor represión se logrará el tratamiento y menos cuando no hay una adecuada infraestructura carcelaria. Marino Barbero ya lo apuntó: "salvo en muy pocos países, se desconoce si el tratamiento produce resultados positivos porque por la ausencia de la necesaria Infraestructura, la falta de personal especializado etc., no ha habido propiamente hasta ahora tratamiento penitenciario".[67] Si esto es así, para qué privar a un sujeto de su libertad más allá de lo que exige su culpabilidad por el hecho cometido. Además, por qué incrementar así la represión penal, si cuando el sujeto recupere su

[64] El hecho de ser reincidente no justifica una punición agravada y sólo se debe responder por aquellos tipos legales que se concreticen.
[65] BARBERO SANTOS, Marino, Marginación Social y Derecho Regresivo Barcelona Ed. Bosch, Casa Editorial, 1980, pág. 189.
[66] Ella está plasmada en el artículo 2, inciso 24, párrafo "e", de nuestra Constitución vigente, que declara que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Es importante subrayar que es una presunción iuris tantum que implica el derecho del procesado de ser considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente; o, dicho de otro modo, constituye una presunción que "…se mantiene "viva" en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla". (STC No. 2915-2004 PHC/TC, f.j. 11).
[67] BARBERO SANTOS, Marino, Ob. Cit., pág. 190.

libertad, necesariamente estará vinculado a una realidad social compleja que puede influir en su reiteración al delito: paro obrero, agitación callejera, huelgas

VII. CONCLUSIONES

La reincidencia encierra el fracaso del Estado en el tratamiento implementado cuando éste se ha cumplido, no un fracaso del individuo. Y, en el caso, de existir condena ejecutoria y pena sin concluir, revela el papel deslucido del Estado como proveedor de seguridad jurídica, pues se acepta sin reparos que al sujeto se le reproche su conducta porque es capaz de asumir derechos y obligaciones, pero no es aceptable que toda la responsabilidad por su delito es suya, ya que ello significaría una cómoda actitud del Estado que le justificaría el omitir medidas de política social que enfrenten los factores que condicionan la criminalidad.

La prisión fracasa, no reduce crímenes, los aumenta y produce una delincuencia marginada pero "controlada". El sujeto cumple su condena, pero se inicia como el etiquetado y en el camino a la delincuencia por sus antecedentes. El delinquir nuevamente impide la reinserción social en medios no delictuales. Y, se dice "controlada" porque la policía se convierte en un todo administrativo, en un mecanismo de control en donde el registro de antecedentes encuentra sus mejores ventajas. Es el llamado Estado Policial o Estado de vigilancia, es el proyecto político de mayor importancia en que se encuentra inserta la reincidencia: "nuestra sociedad no es la del espectáculo, sino de la vigilancia"[68]. Socialmente sigue siendo delincuente el que sale de prisión y se convierte en un sujeto de vigilancia selectiva en una sociedad en crisis que le recuerda su pasada situación, reflejándose un sistema penal que pone atención en la proclividad a delinquir y la consagra como agravante. Quien es condenado a prisión arrastra por la vida la marca por la falta cometida porque la reincidencia dificulta la obtención de cualquier puesto de trabajo y hace posible que la misma sociedad ejerza un control post carcelario y sirve para una aplicación selectiva de la norma penal condicionando a la reproducción de la criminalidad.

[68] Ídem

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BARBERO SANTOS, Marino, Marginación Social y Derecho Regresivo Barcelona Ed. Bosch, Casa Editorial, 1980

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Estudios de Derecho Penal, 2a. ed., Madrid Ed. Civitas. S. A. 1981

- GONZALEZ CUELLAR SARCIA, Antonio, "La Reincidencia' en Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Privado, Tomo V, Vol. 2o., Madrid, EDERSA 1985

- GROSSO GALVAN, Manuel, Los Antecedentes Penales: rehabilitación y Control Social, Barcelona, Bosch, 1983

- JACKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ, Derecho Penal del Enemigo, Thompson Civitas, Madrid 2003

- LANDIN CARRASCO, A.: Estudio criminológico sobre la multireincidencia, Civitas, Madrid, 1975

- LOPEZ-REY, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad, en Cuadernos de Política Criminal. No. 19, Madrid, EDERSA 1983

- MALAGARRIGA Carlos, Citado por BERGALLI, Roberto. en "La recaída en el delito, Edit. Del Puerto, Buenos Aires 1997

- MARTÍNEZ ZAMORA, A.: La reincidencia, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1991.

- MIR PUIG, S.: La reincidencia en el Código penal, Edit. Bosch, Barcelona, 1984.

- MIR PUIG, Santiago, La Reincidencia en el Código Penal, Barcelona, 1974

- MUÑOZ CONDE, Francisco, "La Resocialización del delincuente Análisis y Crítica de un mito", en Cuadernos de Política Criminal, Instituto de Criminología, No.7, Madrid, 1979.

- RODRIGUEZ MOUR.ULLO, G.: en CÓRDOBA RODA-RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1972

- ROXIN, Claus, Iniciación al Derecho Penal de Hoy, Trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, 1981

EL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

Por: SILVIA ISABEL GUISADO MERLO

Fiscal Adjunta Provincial (P) de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cañete

Sumario: **I**. Introducción, **II**. Concepto De Proceso De Terminación Anticipada, **III**. Desarrollo Del Proceso Especial De Terminación Anticipada, **IV**. La Legitimidad De La Intervención Del Ministerio Público En El Objeto Civil, Por Excepción, Cuando Ya Existe Actor Civil, **V**. Terminación Anticipada Y Proceso Inmediato: Diferencias, **VI**. Conclusiones, **VII**. Bibliografía

Un análisis del procedimiento seguido en el Proceso Especial de terminación Anticipada a la luz de lo establecido en el Nuevo Código Procesal Penal y la connotación de la aplicación de esta fórmula en una mejor administración de Justicia Penal.

I. INTRODUCCIÓN

El Nuevo Código Procesal Penal, trae consigo una serie de fórmulas simplificadas de proceso penal para lograr la celeridad de los procesos y de esta manera eliminar la sobrecarga procesal que aqueja a los distintos órganos jurisdiccionales penales, a efectos de que la persecución penal sea eficiente, rápida y oportuna, una de ellas es el proceso especial de terminación anticipada. El proceso especial de terminación anticipada tiene poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial, lo cual origina que no sea empleada correctamente, o

simplemente no sea utilizada por el desconocimiento tanto de la población como de los operadores de justicia.

El proceso especial de terminación anticipada constituye una de las instituciones más novedosas y prácticas que trae consigo el Nuevo Código Procesal Penal, el cual está basado en el principio del consenso y se ubica en el objetivo político criminal de lograr una justicia más rápida y eficaz aunque respetando el principio de legalidad.

La justificación de este artículo es proponer criterios que los magistrados pueden seguir para aceptar o denegar el Requerimiento de Terminación Anticipada y poder llegar a tener criterios uniformes que pueden seguir para poder resolver este tipo de procesos.

No obstante, a pesar del gran paso dado, hay aspectos controversiales y discutibles que aperturan una nueva problemática en torno al NCPP. Me refiero a cuestiones de índole dogmático y también, procedimental que tienen que ver principalmente con la forma en que se aplican determinadas instituciones jurídico procesales. Dentro de ellas, el proceso de terminación anticipada ocupa un lugar muy discutido que ha merecido serios cuestionamientos desde los propios magistrados, los cuales en el V Pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes y transitorias, Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 y en donde se señala expresamente en su acápite 19, que:

> "*la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento*".

Como se puede desprender de esta conclusión a la que llegó dicho Plenario, existen fundados argumentos respecto a la calidad de este instituto procesal. A pesar que la Terminación Anticipada es uno de los mecanismos de simplificación del proceso, que más éxito ha tenido desde la instauración progresiva del NCPP y no obstante tener una vigencia en nuestro país mucho

más antes que el propio Código Procesal Penal, su aplicación sigue generando serias controversias.

II. CONCEPTO DE PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

De acuerdo al modelo acusatorio asumido en el nuevo proceso penal peruano, el Código que lo regula; (Código Procesal Penal), prevé diversos mecanismos procesales para obtener una solución rápida y efectiva del conflicto jurídico penal derivado de la comisión de un hecho delictivo, pudiendo aceptarse la siguiente clasificación:

1) **Por decisión del Fiscal:** proceso inmediato (Arts. 446 al 448 del CPP) y acusación directa. (Art. 336, inc. 4 del CPP).

2) **Por acuerdo del imputado y la victima**: principio de oportunidad (Art. 2 del CPP).

3) **Por acuerdo del Fiscal y el imputado**: terminación anticipada (Arts. 468 al 471), colaboración eficaz (Arts. 472 al 481 del CPP) y conclusión anticipada (Art. 372 del CPP).

Barona Villar sostiene que "*el consenso 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*"[69]

El objeto de la negociación es, pues la pena, aunque desde ya es del caso puntualizar, siguiendo a Pedro Butron Baliña, que "*ello no importa negociar el cargo que se imputa o una pena distinta a la prevista legalmente, lo que a nuestro juicio revela que este instituto respeta las fuentes mismas del principio de legalidad, en todas sus dimensiones*".[70]

Para Gálvez Villegas, el proceso de terminación anticipada se erige como una herramienta de celeridad procesal que privilegia el principio de oportunidad

[69] BARONA VILLAR, Silvia "La Conformidad en el Proceso Penal". Primera Edición Tirant lo Blanch-Valencia 1994, pág. 116

[70] BUTRON VILLAR, Pedro "La del Acusado en el Proceso Penal". Primera Edición, Editora MC GRAW HILL, Madrid 1998, pág. 135.

sobre el de legalidad para posibilitar un mecanismo de negociación entre el fiscal y el imputado que, previa aprobación judicial, conduzca a la culminación del proceso, sin necesidad de ir al juicio oral. [71]

Ahora bien, de acuerdo al Tribunal Constitucional Peruano el **PROCESO ESPECIAL DE TERMINACION ANTICIPADA,** es un acuerdo entre el procesado y la fiscalía con admisión de culpabilidad de alguno o algunos cargos que se formulan, permitiéndole al encausado la obtención de la disminución punitiva. Cesar San Martín Castro señala, por su parte, "*que el procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad muy sentida de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respectando el principio de legalidad procesal, la idea de simplificación del procedimiento parte en este modelo del principio de consenso*"[72], lo que significa que este proceso habrá cumplido el objetivo solamente si el imputado y el fiscal llegan a un acuerdo sobre las circunstancias del hecho punible; la pena (Calidad y cantidad); la reparación civil y las consecuencias accesorias a imponer

III. DESARROLLO DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACION ANTICIPADA

Artículos 468° - 471 del Nuevo Código Procesal Penal

1.- <u>Antes de la audiencia</u>

Debemos de señalar que los sujetos legitimados para instar la terminación anticipada son el fiscal y el imputado. La posición de la víctima es distinta, pues actúa normalmente impulsado por sentimientos que pueden ser de venganza, así como por intereses económicos que pueden – no pocas veces – ir más allá del daño efectivamente causado.

El fiscal o imputado - en forma exclusiva y excluyente a los demás sujetos procesales, pueden peticionar al Juez de Investigación Preparatoria, luego de

[71] GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton - "EL CODIGO PROCESAL PENAL comentarios descriptivos, explicativos y críticos"- Jurista Editores – Lima 2008. Pág. 886.

[72] SAN MARTIN CASTRO, Cesar "Derecho Procesal Penal", Volúmen II, Editorial Grijley, Lima 2006.

expedida la disposición de formalización de investigación y antes de formularse acusación fiscal, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, presentándose las siguientes alternativas:

- El fiscal presenta requerimiento de terminación anticipada con o sin acuerdo provisional.
- El imputado presenta solicitud con o sin acuerdo provisional.
- El fiscal y el imputado presentan solicitud conjunta con acuerdo provisional.

El fiscal, el imputado y su defensor, están autorizados a sostener ***reuniones informales*****,** es decir, debatir y discutir en condiciones de paridad y comunicación horizontal, con objetivos concretos, que regularmente se llevan a cabo en las oficinas del Ministerio Público, a efectos de arribar a un acuerdo (provisional) previo a la terminación anticipada.

Se correrá traslado de la solicitud o requerimiento de terminación anticipada a todos los sujetos procesales por el plazo de cinco días útiles, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso y en su caso formularán sus pretensiones. Cuando a la solicitud o el requerimiento de terminación anticipada se adjunte el acuerdo provisional arribado entre el fiscal e imputado y no estén constituidos judicialmente a otros sujetos procesales (actor civil, tercero civil), el juez deberá **citar directamente** a audiencia, prescindiendo del traslado y del plazo a los demás sujetos procesales, puesto que, coincidentemente éstos serían el mismo fiscal e imputado.

La citación a audiencia deberá contener el **apercibimiento de rechazarse** la solicitud o requerimiento y procederse al **archivo** del cuaderno, en caso de **inasistencia injustificada** del fiscal, el imputado o abogado defensor. La tramitación de este proceso especial, no impide la continuación de la investigación preparatoria, para ello, se formará el respectivo cuaderno de terminación anticipada.

2.- <u>Durante de la audiencia</u>

La audiencia de terminación anticipada sólo podrá instalarse con la asistencia obligatoria del fiscal y su abogado defensor. La instauración del proceso de terminación anticipada es **única y preclusiva**, puede peticionarse **por una sola vez** – quedando cerrada toda posibilidad de intentarla nuevamente cuando medie auto desaprobatorio, instando a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, incluso con tal fin puede suspender la audiencia por breve término, reiniciándola en el mismo día, asimismo está facultado a solicitar aclaraciones o incluso sugerir sin caer en imposiciones, la modificación del acuerdo cuando advierte omisiones o defectos puntuales, que pudieran ser subsanadas dentro de los límites del respeto a la autonomía de la voluntad, esto se da debido a que nos encontrarnos ante un medio alternativo de solución del conflicto penal de carácter consensual.

Una vez instalada la audiencia de terminación anticipada corresponde que aquella se desarrolle pudiendo distinguirse dos momentos: un primer momento es de carácter privado y en aquél se produce el debate y negociación entre las partes; un segundo momento es el de decisión jurisdiccional y tiene un carácter público.[73]

El juez antes de preguntarle al imputado sobre la aceptación o rechazo de la propuesta de terminación anticipada, debe explicarle de manera clara y sencilla, sobre los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad (artículo 468 inciso 4.- CPP), esto para garantizar al imputado a tener la información oportuna y veraz de todo acto incriminatorio del proceso y de disponibilidad de derechos, como es, conocer las implicancias positivas o negativas de acogerse a un medio alternativo de solución de conflicto penal excluyente a las garantías inherentes a un juicio oral, público y contradictorio ante un órgano jurisdiccional imparcial representado por un juez unipersonal o colegiado de juzgamiento según la gravedad de la pena, teniendo la oportunidad de aceptarlos en todo o en parte o de rechazarlos; a decir de MALDONADO, "*tendría por propósito analizar el pleno*

[73] TABOADA PILCO, Giammpol, "El proceso especial de terminación anticipada en el nuevo Código procesal penal. Especial referencia a su aplicación al distrito judicial de La Libertad", Pág. 485.

conocimiento por parte del imputado de los términos del acuerdo preliminar así como su conformidad y voluntariedad".[74]

En la audiencia, en un primer paso, el fiscal convencido de que tiene un caso, le expone al juez los cargos que han surgido contra el imputado, sustentándolos con los respectivos elementos de convicción que deben de ser suficientes y es mejor si presenta pruebas preconstituidas o pruebas anticipadas, como el reconocimiento que ha hecho la víctima, del imputado, practicado con la intervención de su abogado, o con la presencia del juez de la investigación preparatoria (artículo 189.3). Acto seguido le informa que ha sostenido reuniones con el imputado y su defensor y que como resultado de éstas han llegado a un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil que debe imponer.

El acuerdo será desaprobado si se prescinde de la reparación civil, o es diminuta, o si no se contempla al tercero civilmente responsable; si la calidad y cantidad de pena no es proporcional con la calidad del injusto y otros supuestos más que tienen que ser contemplados para que se emita sentencia anticipada y que el juez debe tener en cuenta, salvo que las partes alertadas sobre las omisiones modifiquen sus acuerdos incorporando alguna de esas omisiones.

El artículo 471, que contiene la base de nuestro tema a analizar, prescribe que el imputado que se acoja al proceso de terminación anticipada recibirá un beneficio de reducción de la pena en una sexta parte, el que es adicional y se acumula al que reciba por confesión; beneficios que incentivan a que el imputado llegue a un acuerdo pues se hará acreedor de una pena reducida.

El artículo 495.9° del Código Procesal Penal Italiano establece que *"el tribunal que debe homologar el acuerdo entre el fiscal y el imputado tendrá que comprobar la correcta calificación jurídica y la realidad de los hechos".*

[74] MALDONADO AVILÉS, Arcelio, "una reflexión en torno a las alegaciones preacordadas", Pág. 10.

"El Juez de investigación preparatoria puede aprobar el acuerdo de terminación anticipada o desaprobarlo, pero no se encuentra facultado para variarlo ni a favor del imputado, reduciendo las consecuencias jurídicas del delito, ni a favor del Ministerio Público, incrementando las mismas. Esta posición ha sido correctamente asumida por el Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca correspondiente al año 2007 (conclusión N° 5) y por la doctrina especializada".[75]

Si analizamos la norma, esta no precisa cual es la base mínima sobre la que se debe practicar la reducción de la pena:

- Si es a partir de la pena mínima que estipula el tipo penal infringido.
- De la pena acordada entre el fiscal y el imputado
- Si la confesión al igual que la sexta parte pueden ser incluidos en el acuerdo o solamente uno de dichos supuestos.

César San Martín, señala: *"Que en el acuerdo, las partes deben precisar independientemente esta circunstancia extraordinaria (se refiere a la confesión) y sobre esa base fijar la pena acordada, sobre la cual se aplicará la sexta parte".*[76]

Yolanda Doig Díaz, señala que: *"En la sentencia, el juez impondrá el beneficio típico de esta institución, cual es la rebaja de una sexta parte de la pena, que se acumulará al que reciba por confesión y que será aplicada a la pena determinada en el acuerdo".*[77]

Por ejemplo, en Huaura se dan diversas situaciones:

[75] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "El nuevo proceso penal", Pág. 393.

[76] SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Tomo I, Lima: Grijley -Segunda Edición 2003, p.43

[77] DOIG DIAZ, Yolanda. "El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004". Actualidad Jurídica N° 149. Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 144.

- *Cuando el fiscal presenta al juez un acuerdo provisional, en el que han practicado la reducción de la pena por confesión, por sexta parte y por atenuantes como responsabilidad restringida o tentativa, en este caso el juez solamente aprueba o desaprueba el acuerdo y no practica ninguna reducción.*

- *Cuando se presenta el acuerdo provisional contemplando la reducción de la pena por atenuantes y por confesión, esta es la base de la pena sobre la que el juez practica la reducción de la sexta parte.*

- *Cuando el acuerdo no contempla la reducción de la pena por confesión y sexta parte, el juez practica estas reducciones…".*[78]

El acuerdo provisional es replanteado en la audiencia cuando la pena no es razonable o la reparación civil es desproporcional con el daño causado y el juez insta a las partes para que lo reconsideren así como para que añadan algunos factores que pueden haber omitido contemplar. El acuerdo definitivo siempre se realiza en la audiencia, aún cuando en ésta puede darse el caso que solamente se ratifique al acuerdo provisional.

En mi opinión, las partes procesales, deben practicar las reducciones y plasmarlas en el acuerdo, es decir, hacer las reducciones de la pena ya sea por las atenuantes, confesión y sexta parte, de modo tal que el imputado tenga conocimiento real de que si el juez aprueba el acuerdo lo hará exactamente en la cantidad de pena que han convenido.

El Dr. Víctor Raúl Reyes Alvarado ha planteado su posición en una resolución emitida por la Sala Penal de apelaciones de Huaura: *"Que el acuerdo definitivo contenga la reducción por concepto de confesión y la sexta parte, y que señale, expresamente, la cantidad y calidad de pena a imponer, es decir si es efectiva o condicional y en este último supuesto, las reglas de conducta y el plazo de periodo de prueba, así como el monto de la reparación civil y demás consecuencias*

[78] DOIG DIAZ, Yolanda, "El Proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal" Revista de actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica, Tomo 149, Lima 2006.

accesorias a imponer y el juez sólo verificará la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad del acuerdo, procediendo a su aprobación o desaprobación".

En este sentido, el acuerdo arribado en esas condiciones, es inapelable por las partes, ya que voluntariamente y con las garantías del caso participaron y dieron su conformidad.

> *El Juez de Investigación Preparatoria debe calificar el acuerdo provisional de terminación anticipada arribado entre el Fiscal y el imputado sobre la calificación jurídica del hecho punible, la pena y reparación civil"[1] (art. 468.5° del CPP), considerando los criterios de suficiencia probatoria, legalidad y razonabilidad.*[79]

César San Martín Castro señala que: *"La intervención del juez no es meramente notarial. Los controles son los siguientes:*

- *Control de la calificación jurídica del hecho punible.*
- *Control de la pena y la reparación civil acordadas.*
- *Control del fundamento probatorio de la imputación", lo que significa que si el juez considera que alguno de dichos controles no es aceptable, entonces, en todo caso, desaprobará el acuerdo, pero de ninguna manera absolverá.*[80]

La sentencia condenatoria por acuerdo de terminación anticipada, en atención a lo previsto en el artículo 397° del CPP, debe observarlas siguientes limitaciones:

- No podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en el acuerdo.

[79] TABOADA PILCO, Giammpol, Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, miembro de la Comisión de Implementación del CPP en el Distrito Judicial de la Libertad - Instituto de Ciencia Procesal Penal - Selección de Lecturas: "El Proceso de Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal"

[80] SAN MARTÍN CASTRO Cesar, "Derecho Procesal Penal", cit., p.1392

- En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto del acuerdo.

- Debe aplicar la pena, las consecuencias accesorias y la reparación civil acordada.

Cuando no se llegue a un acuerdo o este no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

A mi criterio los parámetros que se deben tomar en cuenta para aceptar o denegar el Acuerdo de Terminación Anticipada deben ser los siguientes y por las consideraciones que procederé a explicar:

3.- Criterios para aceptar o denegar el acuerdo de terminación anticipada por parte de los magistrados de los Juzgados de Investigación Preparatoria

LEGALIDAD:

El principio de legalidad reconocido en el artículo 2.20.d de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo II del Título Preliminar del Código Penal informa que *"Nadie será sancionado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"*.

El principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal.[81] Luego tendríamos que tomar el bien jurídico que el Ministerio Público toma como bien afectado, para poder establecer el tipo penal en el cual se encuadra dicha conducta y así, poder verificar si es correcta la tipificación que encuadra el Fiscal con el hecho jurídico específico.

[81] VILLAVICENCIO T, Felipe, *"Derecho Penal: Parte General". Editorial* Grijley. Lima 2006, Pág. 90.

> "*proceso de imputación donde el interprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido al contenido en el tipo penal".*[82]

A continuación se tendrá que establecer el mínimo y el máximo legal que estable en abstracto el tipo penal.

Con respecto a los delitos penados con cadena perpetua. Pues bien el artículo 29° del Código penal señala que la pena privativa de libertad puede ser temporal o cadena perpetua con lo cual, a partir de una interpretación a sentido contrario, podría deducirse que la cadena perpetua posee carácter absoluto y su duración sería el propio de la vida natural del penado. El carácter absoluto de ésta sanción, sin embargo, se descarta si revisamos el contenido de los artículos Iº del Dec. Leg. N° 921, que establece que la pena de cadena perpetua puede ser revisada tras haberse cumplido 35 años de ejecución de la misma, y el artículo 59-A° del Código de Ejecución penal, que prevé la posibilidad de revisión anual de la cadena perpetua después de cumplir 35 años de pena. Por lo tanto nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce que la cadena perpetua tiene un límite temporal mínimo (35 años de privación de libertad), esto puede tomarse en cuenta en los procesos especiales de terminación anticipada, máxime si no existe regla de exclusión que rechace la procedencia de la terminación anticipada en tales casos.

CRITERIOS DE SUFICIENCIA PROBATORIA:

Debido a que el Ministerio Público tiene la carga de la prueba, el Juez de Investigación Preparatoria debe verificar que en la Carpeta Fiscal obren los elementos de convicción, puesto que el principio de presunción de inocencia rige hasta que se declaré lo contrario con la sentencia firme. Entonces el magistrado debe verificar que la teoría del caso propuesta en el acuerdo provisional de terminación anticipada se condice con la teoría propuesta por el Fiscal y que sea la misma que el Fiscal comunica mediante Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, este aspecto es importante para no afectar el principio de congruencia o vinculación. A esto el

[82] BUSTOS RAMIREZ, Juan, "*Obras Completas: Derecho Penal - Parte General".* Tomo I. - Ara. Lima 2004. Pág. 640.

magistrado debe verificar y confirmar la aceptación de los cargos por parte del propio imputado.

RAZONABILIDAD DEL ACUERDO:

"Este principio de razonabilidad, es inherente a todo el Derecho, integra el componente lógico de las reglas de la sana crítica y será un eficaz instrumento, que permitirá a los magistrados resolver con justicia determinadas situaciones planteadas en el proceso y lograr en los casos concretos la efectiva vigencia de los derechos sustanciales".[83]

La idea central del principio de razonabilidad no es otro que la adecuada proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos por el Juez ante una conducta reprochable al orden jurídico, ello trasladado al ámbito del Derecho Penal encuentra expreso reconocimiento en el Titulo Preliminar del Código Penal en las fases de determinación, imposición y ejecución de la pena, en el que debe tomarse en cuenta los siguientes principios:

a) ***Principio de Lesividad:*** "La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (art. IV).

b) ***Principio de Culpabilidad****:* "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (art. VII).

c) ***Principio de Proporcionalidad****:* "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" (art. VIII).

d) ***Principio de Humanidad de las Penas****:* "La pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación" (art. IX).

PROPORCIONALIDAD DEL ACUERDO:

[83] LADONI SOSA, Ángel. "*Principio de Razonabilidad, Sana Critica y Valoración de la Prueba".* En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. N° ***1****/97. Pág. 97.*

Al haber analizado el Juez de Investigación Preparatoria los tres puntos anteriores, ahora se propone un último presupuesto para poder aceptar o denegar el acuerdo de terminación anticipada, y es el presupuesto de proporcionalidad del acuerdo, en el que se tiene que analizar lo siguiente:

a) La pena abstracta del delito (mínimo y máximo legal).

b) La responsabilidad penal del agente (art. 23º a 27º y art. 46º del C.P. Con los dos enunciados anteriores se puede llegar a calcular la que llamaremos "Pena Base", que vendría a ser la pena que le correspondería sin beneficios procesales.

c) Luego se tendría que analizar las circunstancias agravantes sustantivas (art. 46º-A, 46º-B, 46º-C del C.P.) y las circunstancias atenuantes sustantivas (art. 13º, 14º, 15º, 16º, 21º, 22º, 25º y 45º del C.P.)

d) Las circunstancias atenuantes procesales; es decir, la reducción obligatoria de la sexta parte de la pena por acogerse al beneficio de terminación anticipada y la reducción facultativa (negociable) de hasta una tercera parte por confesión sincera.

Con estos criterios a seguir se puede llegar a la Pena Concreta. Con respecto al objeto civil (Reparación civil), le daremos un espacio más amplio para poder aclarar algunas dudas que se pueden originar con respecto a este tema y es la legitimidad de la intervención del Ministerio Público en el objeto civil, por excepción, cuando ya existe actor civil.

IV. LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL OBJETO CIVIL, POR EXCEPCIÓN, CUANDO YA EXISTE ACTOR CIVIL.

El articulo 11º inciso 1) del CPP estipula que si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.

En el proceso especial de terminación anticipada, el código establece que el acuerdo entre el fiscal y el imputado versa sobre la circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer (artículo 468º Inciso 5) por lo que a esta norma debe preferirse, solamente, cuando se trata de este proceso especial en el que el fiscal está facultado, como si fuese actor civil, a llegar a un acuerdo con el imputado sobre el pago de la reparación civil. En esta línea el artículo 468.7 señala que los demás sujetos procesales (actor civil, personas jurídicas, tercero civil, etc.), según su ámbito de intervención procesal, puede cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil, y en este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil.

Por lo que es claro que el actor civil no está legitimado para celebrar el acuerdo sobre el monto de la reparación civil con el imputado, lo que no lo inhabilita para hacer conocer su pretensión al juez que conoce del proceso de terminación anticipada en el traslado conferido o participando en la audiencia y que en vía de apelación impugne la sentencia aprobatoria en ese extremo, y en ese mismo orden de ideas igual derecho tienen los demás sujetos procesales, llámese tercero civil y personas jurídicas que se encuentran consignadas en el acuerdo respectivo quienes tendrían que sostener la ilegalidad del acuerdo si es que lo cuestionan.

Procesos complejos

En los procesos por pluralidad de hechos punibles o de imputados pueden presentarse dos alternativas:

- Acuerdo total, se requiere el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos que se incrimine a cada uno.

- Acuerdo parcial, si la falta de acuerdo se refiere a delitos conexos y en relación con los otros imputados salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable, como acontece con el concurso real de delitos. Por ejemplo, en un proceso complejo los

imputados A y B se acogen a la terminación anticipada del proceso por el delito de tráfico ilícito de drogas, continuando el proceso con el imputado C por el otro delito de tenencia ilegal de armas de fuego.

El rechazo de acuerdos parciales sobre un solo evento delictivo por algunos imputados y no por otros, se puede resumir en el contrasentido que supondría que un mismo hecho se considere cierto y probado gracias a la terminación anticipada e incierto por el resultado de la actuación probatoria en juicio, atentando contra el derecho de presunción de inocencia de los imputados que rechazaron el acuerdo, pero que podrían verse perjudicados por las confesiones de los que aceptaron el acuerdo, asimismo se vulnera la cosa juzgada si el hecho que sirvió de base para la condena de los sentenciados que aceptaron la terminación anticipada, se considera discutible para los acusados que discreparon.

V. TERMINACIÓN ANTICIPADA Y PROCESO INMEDIATO: DIFERENCIAS

He creído conveniente precisar en este artículo, lo referido acerca de la diferencia que existe entre el Proceso de Terminación Anticipada y el Proceso Inmediato, ya que hoy en día, ambos términos se prestan a confusión, siendo usados como si fuesen lo mismo, sin embargo esto no es cierto, por lo que sin más preámbulo señalaré las diferencias más saltantes entre ambos.

1.- <u>Diferencias entre Terminación Anticipada y Proceso Inmediato:</u>

1 En la Terminación Anticipada tienen iniciativa de parte el Fiscal, por ser titular de la acción penal y el imputado, como sujeto en quien recae la imputación; mientras que en el Proceso Inmediato es a iniciativa solamente del fiscal.

2 En la Terminación Anticipada existe un acuerdo entre el fiscal y el imputado, respecto a la pena, reparación civil y consecuencias accesorias; mientras que el Proceso Inmediato no existe acuerdo alguno, porque luego de que el fiscal solicita al juez dicho proceso y es aceptado, recién va a emitir su acusación.

3 En el Proceso Inmediato, cuando se trata de un proceso con varios imputados solo es aplicable cuando todos estén es la situación señalada en el inciso 1 del art. 446º, mientras en la Terminación Anticipada cuando son varios, solo algunos puede acogerse y por ello existen los acuerdos parciales.

4 En el Proceso Inmediato y luego que el juez lo ampara, al ser devuelto al fiscal para su acusación, el imputado puede solicitar la Terminación Anticipada hasta antes de la acusación, mientras que en la terminación anticipada no es factible el proceso inmediato.

5 La Terminación Anticipada debe llevarse en cuaderno a parte (cuaderno incidental), mientras que el Proceso Inmediato, no porque al solicitarle dicha figura, el fiscal remite el requerimiento junto con la carpeta fiscal.

6 En caso de darse ambas figuras jurídicas en el proceso, siempre el Proceso Inmediato va hacer primero, y la Terminación Anticipada va hacer después.

VI. CONCLUSIONES

1 La uniformización de criterios en los magistrados para aprobar o desaprobar los requerimientos o solicitudes de terminación anticipada, ayudarán no solo a la correcta administración de justicia y poder alcanzar jurisprudencia al respecto, sino, también ayudara a los fiscales y abogados a tener lineamientos a seguir al momento de redactar el acuerdo provisional de terminación anticipada en el que tendrán que considerar los criterios que los magistrados siguen y así tener más posibilidades de que sea aceptada su propuesta de terminación anticipada.

2 Los criterios que deben seguir los jueces deben de ser los propuestos en el presente artículo como son: legalidad, criterio de suficiencia probatoria, razonabilidad del acuerdo y proporcionalidad del acuerdo.

3 La terminación anticipada es un proceso especial destinado a ayudar a la labor encomendada a los magistrados, en la correcta administración de justicia, haciendo esta eficiente, expeditiva y respetuosa de las garantías y los derechos de los ciudadanos.

4 Su correcto uso de la terminación anticipada, ya sea por parte de los señores abogados y los señores Fiscales ayudarán a evitar el congestionamiento en el recargado sistema judicial-materia penal, esto en beneficio del imputado, de la víctima, la administración de justicia y la ciudadanía en general.

5 La Terminación Anticipada tienen iniciativa de parte el Fiscal y el imputado. Asimismo, la Terminación Anticipada debe llevarse en cuaderno aparte (cuaderno incidental), continuando el proceso en el cuaderno principal.

6 El Nuevo Código Procesal Penal, a través de los procesos especiales y en especial el proceso de terminación anticipada, demanda la existencia tanto de jueces, fiscales, abogados, e incluso litigantes, con vocación conciliadora, negociadora, que permita alcanzar una rápida y efectiva solución.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILLAR, Silvia "La Conformidad en el Proceso Penal". Primera Edición Tirant lo Blanch-Valencia 1994

- BUSTOS RAMIREZ, Juan, "*Obras Completas: Derecho Penal - Parte General".* Tomo I. - Ara. Lima 2004.

- BUTRON VILLAR, Pedro "La del Acusado en el Proceso Penal". Primera Edición, Editora MC GRAW HILL, Madrid 1998

- DOIG DIAZ, Yolanda, "El Proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal" Revista de actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica, Tomo 149, Lima 2006.

- GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton - "EL CODIGO PROCESAL PENAL comentarios descriptivos, explicativos y críticos"- Jurista Editores – Lima 2008

- LADONI SOSA, Ángel. "*Principio de Razonabilidad, Sana Critica y Valoración de la Prueba".* En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. N° ***1****/97.*

- MALDONADO AVILÉS, Arcelio, "una reflexión en torno a las alegaciones pre acordadas"

- SAN MARTIN CASTRO, Cesar "Derecho Procesal Penal", Volúmen II, Editorial Grijley, Lima 2006.

- TABOADA PILCO, GiammpolL, "El proceso especial de terminación anticipada en el nuevo Código procesal penal. Especial referencia a su aplicación al distrito judicial de La Libertad"

- TABOADA PILCO, GiammpolL, Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, miembro de la Comisión de Implementación del CPP en el Distrito Judicial de la Libertad - Instituto de Ciencia Procesal Penal - Selección de Lecturas: "El Proceso de Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal"

- VILLAVICENCIO T, Felipe, *"Derecho Penal: Parte General". Editorial* Grijley. Lima 2006

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

Por: DINO ALDO LÉVANO BARRIENTOS

Fiscal Adjunto Provisional de la Fiscalía Provincial Civil y de Familia y Prevención del Delito de Pisco

***Sumilla*: I.** Introducción, **II.** La Filiación, **III.** La Presunción de Paternidad, **IV.**La Impugnación de la Paternidad, **VI.** Conclusiones, **VII.** Bibliografía.

En este artículo se analiza el tema de la impugnación de la paternidad de acuerdo a los recientes criterios considerativos en cuanto a cuestiones del plazo para su ejercicio y de la ambigüedad normativa de este argumento con las modernas tendencias judiciales fundadas en el control difuso que aplican los magistrados dada la antinomia existente.

I. INTRODUCCIÓN

En un sentido amplio, se puede definir a la acción de impugnación, como aquella que tiene por objeto cuestionar o negar una concreta filiación, previamente determinada, y cuya consecuencia principal es la rectificación del Registro Civil, donde por ministerio de la ley queda determinada la filiación como «estado civil», conforme a los preceptos del Código Civil.

Por otra parte, la filiación puede entenderse como un hecho natural basado en la procreación y como un hecho jurídico del que se deriva el estado de filiación, es decir la situación jurídica o posición que una persona ocupa dentro de la familia en calidad de hijo, constatado legalmente.

Dentro de ese orden de ideas, si bien es cierto, la relación filial puede constituirse sin el nexo biológico, como es el caso de la adopción, los artículos 364°, 367°, 368°, 372° y 400° del Código Civil, expresan un plazo de caducidad para impugnar la paternidad y la maternidad de 90 días. No obstante, en la práctica jurisdiccional no es del todo aceptado o cumplido, porque más allá de presunciones y probabilidades de las cuales está inmerso nuestro Código Civil en materia del Derecho de Familia, está el derecho del justiciable a obtener tutela jurisdiccional efectiva y al mismo tiempo el derecho del hijo/a a validar jurídicamente su verdadero origen.

En consecuencia, se presenta, por un lado, una situación ambigua en nuestro Derecho Civil, en cuanto a que el derecho a la impugnación de la paternidad debiera ser expresa y taxativamente de naturaleza imprescriptible, tal como ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el español, el argentino, etc.

II. LA FILIACIÓN

La filiación es entendida como un atributo natural del ser humano; consiste en el derecho a conocer nuestro propio origen biológico y más allá de las consecuencias legales no sólo está orientada para generar consecuencias y efectos jurídicos, sino fundamentalmente para la concreción del derecho a la identidad.

Según PRAYONES, "*la filiación es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra*".[84]

Puede decirse que constituye fundamentalmente, un vínculo biológico - jurídico que une a una persona con sus progenitores, interdependiente y recíproco, dada la correlatividad del estado de familia. Tiene su origen en la *generación,* hecho natural al cual el derecho imputa un complejo de derechos subjetivos familiares y de deberes correlativos.

[84]Citado por MENDEZ COSTA, Josefa, Tratado de Derecho de Familia Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, pág. 9.

Algunos autores la conceptúan como vínculo jurídico, lo que al decir de LÓPEZ DEL CARRIL[85] implica olvidar el vínculo natural o biológico. Sin embargo ese concepto no excluye el nexo biológico, que es presupuesto indispensable de la filiación natural. El emplazamiento en el estado de hijo puede no obstante derivar de un acto jurisdiccional: la sentencia constitutiva del estado de hijo adoptivo, que crea una situación similar a la filiación biológica pero que es pura obra jurídica (excepcionalmente puede tener sustento procreacional: adopción del hijo propio).

2.1. Clases de Filiación:

Se suele distinguir la filiación biológica de la filiación adoptiva. Dentro de la primera a su vez se la califica de filiación matrimonial o legitima si corresponde a hijos habidos de padres unidos en matrimonio válido o putativo, y filiación extramatrimonial cuando se trata de hijos habidos de la unión libre de hombre y mujer.

El Derecho privilegia la procreación dentro de matrimonio, unión ideal ética y jurídica que asegura estabilidad, permanencia y exclusividad de las relaciones sexuales y la certidumbre de la paternidad.

La filiación que resulta de una unión irregular, o sea extramatrimonial o ilegítima, ha recibido el repudio del legislador ya desde el derecho romano, acentuándose en el código civil francés como consecuencia del voluntarismo racionalista del individualismo, aunque se observa desde entonces un lento proceso tendiente a la equiparación jurídica de las filiaciones matrimonial y extramatrimonial, que se ha logrado ya en legislaciones modernas a la vez que ha inspirado resoluciones internacionales.

Desde el punto de vista jurídico, filiación se distingue en dos clases: 1) La filiación matrimonial y 2) La extramatrimonial, mal llamada por el anterior C.C. de 1936; "*ilegítima*". La primera denominación es la adoptada por la vigente ley civil.

a) Filiación matrimonial.

[85] Citado por ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral. Buenos Aires, 1998, Pág. 315.

b) Se ocupa de ella la vigente Ley en el Título I de la Sec. Tercera: Arts. 361 a 376 del Libro III de Familia. Denominada como digo más antes, "legítima", es el lazo existente entre el hijo y sus padres, ligados por el vínculo jurídico del matrimonio. Se afirma como regla general que el hijo habido dentro de matrimonio es hijo matrimonial o legítimo. Sin embargo, surgen problemas y situaciones que no siempre son de fácil solución. Por ejemplo, si nace un hijo durante la vigencia del matrimonio entre Pedro y María; se presume ser hijo de ambos. Podría ocurrir que María se casó cuando ya concibió ese hijo, es decir, antes de la celebración del matrimonio con Pedro. Otro caso, el hijo es concebido durante el matrimonio de ambos, pero nace cuando ya está disuelto el matrimonio. En ambos casos no hay duda de que María sea la madre, pero no hay seguridad de que Pedro sea el padre. El que una mujer casada alumbre un hijo, no quiere decir que necesariamente sea hijo de su marido. Esto se explica por dos circunstancias:

1) Porque hay un transcurso de tiempo entre la concepción y el alumbramiento y ambos hechos pueden no haber ocurrido dentro del matrimonio.

2) Que el hecho de que una mujer casada conciba y/o alumbre un hijo no quiere decir necesariamente que el padre de tal hijo sea el marido de aquella mujer casada.

Los términos de esta cuestión y su solución, como dice CORNEJO CHÁVEZ, dependen, según que se acepte la concepción o el nacimiento como el hecho determinante del comienzo de la persona natural.[86]

Claro que lo regular y lo normal es que en la mayoría de los casos basta para probar la calidad de ser hijo matrimonial de "X" persona, presentar copia certificada de su partida de nacimiento., en base a (a presunción del Art. 361; de que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido. Frente a tal situación normal, hemos indicado que pueden producirse supuestos en que una persona que se halla

[86] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, (1987) "Derecho Familiar Peruano" Vol. 2; Editorial Studium, Lima págs. 28 a 53.

gozando de un "estado" que propiamente no le pertenece, ni le corresponde, por no tener derecho a ellos; o, por el contrario, no goza del estado de hijo matrimonial, pero tiene un título que lo ampara y tendrá perfecto derecho de hacer valer su verdadero estado, como ocurre en casos de "abandono del menor, o en supuestos de secuestro o en casos de sustitución de ese menor por otro.

b) La filiación extramatrimonial

Regulada en el Título II - Sec. Tercera: Filiación Extramatrimonial con 3 capítulos (Arts. 386 al 417), Son hijos extramatrimoniales, los concebidos y nacidos fuera de matrimonio. El anterior Código los denominaba ilegítimos; los habidos por quienes no son casados entre sí. El Código de 1852 comprendía a los hijos naturales (hijos de padres solteros, sin impedimento para casarse); adulterinos los nacidos de la unión de una persona casada con otra persona que no fuera su cónyuge (no importando que fuera casada, soltera, viuda) e Incestuosos los hijos procreados por el padre con la hija; o la madre con el hijo).

Los medios para probar la filiación extramatrimonial son los 3 siguientes: 1) El reconocimiento voluntario del padre o de la madre; 2) La sentencia declaratoria de paternidad; y, 3) La filiación materna por el hecho del nacimiento.

El reconocimiento voluntario es el acto jurídico unilateral que contiene una declaración formal de la paternidad o maternidad hecha por el padre o por la madre, con referencia a un hijo concretamente determinado, habido fuera de matrimonio. Es unilateral, declarativo, auténtico, solemne e irrevocable y no admite modalidad. Puede ser hecho por el padre o por la madre o por ambos conjuntamente (Art. 388).

Nuestra ley admite tres formas para el reconocimiento: 1) En el Registro de nacimientos; 2) Por escritura pública; y, 3) Por testamento.

1) Reconocimiento en el Registro de Nacimientos.- Puede hacerse al asentarse la partida de nacimiento en el Registro Civil o posteriormente, mediante acta suscrita y firmada por quien reconoce y autorizada por el funcionario del Registro (391). No requiere la intervención de dos testigos, como en el C.C.

anterior. Debe hacerse en el mismo Registro donde se inscribió el nacimiento del hijo a quien se reconoce.

2) Reconocimiento por escritura pública. Es una declaración ante Notario Público (Art. 390).
3) Por testamento. (Art. 686, párrafo segundo). Si se revoca el testamento por cualquier causa, no afecta el acto del reconocimiento del hijo extramatrimonial.

En cuanto a cuáles personas o quiénes pueden reconocer:
Dijimos ya: el padre o la madre, cada uno separadamente o juntos. Por fallecimiento o incapacidad permanente de éstos, pueden reconocer los abuelos (Arts. 388 y 389). Tal facultad ya no se extiende a los bisabuelos. El reconocimiento puede hacerse también antes que haya nacido el hijo; también después de su muerte; si hubiera dejado descendientes. La capacidad civil para el reconocimiento voluntario es la civil de ejercicio, dada la trascendencia Jurídica de este acto. Los menores pueden reconocer desde cuando cumplan los 16 años.
Quiénes reconocen un hijo no deben estar incursos en los supuestos de incapacidad siguientes: Entre los incapaces absolutos: los privados de discernimiento; los sordomudos, ciego sordos y ciego mudos que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. Entre los incapaces relativos: los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad y los desaparecidos (Art. 47).

III. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (artículo 361)[87]. El criterio ordinario de la presunción es el nacimiento o la concepción durante el matrimonio. Poco importa que el niño haya nacido durante los primeros días del matrimonio, o durante los 300 días posteriores a su disolución. La aplicación de la presunción de la paternidad supone entonces la reunión de tres condiciones: el establecimiento previo de la

[87] Pleno Jurisdiccional 1999, realizado en Cajamarca, en atención a la promulgación de la Ley N° 27048, Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la Declaración de Paternidad y Maternidad. Se acordó por unanimidad considerar a la prueba de ADN como medio probatorio válido para determinar la filiación.

filiación materna, el matrimonio de la madre con el presunto padre y la coincidencia entre el periodo del matrimonio y el momento de la concepción o del nacimiento. En suma, para que se aplique la presunción de paternidad es necesario, y es suficiente, que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación.

Por un favor de la ley y con la finalidad de evitar, entre hermanos, discriminaciones fundadas en la fecha de la concepción, el Derecho beneficia de la presunción de paternidad a todos aquellos concebidos o nacidos durante el matrimonio de sus padres. Tesis sostenida vigorosamente desde el siglo XIX por Demolombe.

La evolución histórica del derecho sobre filiación demuestra que hasta tiempos muy recientes su regulación jurídica se ha basado en un principio discriminatorio, el que CASTRO GARCÍA denomina "principio de jerarquía de la filiación".[88]

Este principio se reflejó con todo su rigor en el Código Napoleónico que prohibía terminantemente la investigación de la paternidad, acogiendo así una moral de conveniencia social que era defendida por los ideólogos de la Revolución Francesa. Se perseguía evitar el deshonor y la intranquilidad de la familia, restringiendo el concepto y la protección a la familia matrimonial.

Los distintos países han ido acometiendo un proceso de modificación en materia de filiación, proceso no ultimado ya que como dice SANCHO REBULLIDA, el objeto de la filiación "*no es una creación técnica sino un esfuerzo siempre insuficiente para regular una realidad natural que le viene dada, caracterizándose en su evolución por adaptar el régimen jurídico de la filiación a la realidad biológica*".[89]

Es indudable que en estas reformas ha sido trascendente la incidencia de los Tratados Internacionales que han hecho posible en la segunda mitad del s. XX el

[88]CASTRO GARCIA, Jaime de (1998) La investigación de la paternidad. Ed. Colex, Madrid, Pág. 67.
[89] LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco De Asís, (2000), Elementos de Derecho Civil Tomo II, Ed. Librería Bosch. Barcelona.

reconocimiento universal del principio de no discriminación por razón de la filiación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la ONU en 1948 establece en su Art. 25-2 que "*todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social*". El principio 1º.de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 recoge: "El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin discriminación por motivos de nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia". En igual sentido aparecen declaraciones en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, de la misma fecha; asimismo la Convención Americana de los Derechos Humanos la que no admite distinciones excepciones o discriminaciones con motivo de nacimiento, y garantiza a todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, iguales derechos a la protección social. Todo ello ha determinado su incorporación a nivel constitucional. Se observa en la actualidad un cambio notable. Las modernas legislaciones han abandonado las calificaciones de hijo para discutir las calificaciones de padre/madre (gestante, genético o biológico, volitivo o por elección, etc.) conforme su grado de participación en el proceso procreativo. Esta situación puede originarse de choques entre la realidad biológica y la así llamada "voluntad procreacional", distinguiéndose las intenciones de "solidaridad", lo que viene complejizándose con la técnicas de procreación asistida (ovodonación, embriodonación, maternidad subrogada, entre otros).

IV. LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

El reconocimiento legal de la paternidad puede ser objeto de impugnación por parte del hijo menor o incapaz dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de la incapacidad. Nuestra ley no precisa con cuáles causales se puede negar el reconocimiento. Dice el Art. 399 "*El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no intervinieron en él, por el propio hijo o sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 395*". La impugnación podría referirse a la verdad o falsedad de la relación paterno-filial o basarse en causales que

conciernan a los elementos esenciales del acto jurídico. Nuestra jurisprudencia señala al respecto que:

> *"en mérito del Principio del Interés Superior Niño antes glosado el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños y es sólo a través de los órganos jurisdiccionales establecidos encargados de administrar justicia en el Estado de Derecho es que se puede llegar a resolver la litis en virtud a las pruebas aportadas por las partes y a las que el juzgador estime conveniente para dilucidar la controversia, lo que ya ha sido definido mediante la resolución consultada".*[90]

El plazo es de 90 días desde cuando se tiene conocimiento del acto y dentro de un año, cuando la acción la ejercita el hijo menor o incapaz, contado desde cuando llega a su mayoría o desde cuando cesa la incapacidad.

De acuerdo a Enrique Varsi "(...) *con la aparición de medios científicos de identificación y la comprobación del momento exacto de la concepción, se deben ir dejando de lado estos criterios de incertidumbre de la paternidad sustentados en el riguroso conteo de los plazos, de presunciones, pues hoy es posible determinar de manera segura la paternidad con las modernas pruebas de ADN (...)"*[91]

Es preciso en este sentido, tener en consideración que el artículo 363, inciso 5 del Código Civil establece que el marido que no crea ser padre del hijo de su esposa, puede *negarlo "(...) cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará tas presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza".*

Por tanto, nuestro Código sigue la tendencia actual adoptada en el Derecho comparado, de permitir la recurrencia a los procedimientos científicos que se utilicen para la investigación y determinación de la paternidad.

[90] CONSULTA N°370-2005 – CHIMBOTE Lima, dieciocho de abril del dos mil cinco
[91] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. (2000) Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Universidad de Lima. Lima

Esta modificatoria se dispuso a partir de la Ley N° 27048, publicada el 06 de enero de 1999, por el cual se establece un nuevo elemento que permita desvirtuar la presunción de la paternidad matrimonial. De esta manera la prueba de del ADN es admitida en nuestra legislación como una prueba que posibilita la contradicción a la atribución legal de paternidad, afirmando y acreditando que el demandante no es el padre del hijo que se le atribuye como tal.

En ese orden de ideas, cabe precisar que la doctrina distingue la acción de negación de la paternidad se trata de los casos en que el hijo tenido por la cónyuge no se encuentra amparado por la presunción *pater is est* y el marido niega a ese hijo; en cambio en la acción de impugnación de paternidad es el marido demandante quien considera que, no obstante que el hijo tenido por su esposa está amparado por la referida presunción *pater is est,* él considera que no es su hijo[92], En consecuencia, la impugnación de paternidad amparada en la presunción *pater is est es necesaria ser reformulada en vista de* la gran contradicción que presenta nuestra legislación en admitir, por un lado las pruebas científicas inequívocas para determinar la filiación y por otro, limitarla mediante un plazo sumarísimo de 90 días para ejercer la acción, quedando sólo a criterio del Juzgador la aplicación de esta limitación:

> "Si bien la demanda interpuesta está sujeta a un plazo de caducidad, que *incide sobre !a validez de la relación procesal según el cual el juzgador está en la obligación de verificar las condiciones de la acción para proseguir el trámite del proceso; sin embargo, no puede perderse de vista que el* Juez debe atender a la finalidad concreta del proceso, que es resolver un *conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica que haga posible lograr la paz social en justicia, según lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil», «...»no se puede por tanto, en base a una situación netamente procesal, emitirse un pronunciamiento inhibitorio cuando en atención al interés superior del niño establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niños y los Adolescentes, el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños, y solo a través de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia, se puede llegar*

[92] BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia; 2006, *Código Civil Comentado;* Tomo II Derecho de Familia; Lima pág. 343

a resolver la litis en virtud a las pruebas aportadas por las partes y a los que el juzgador estime conveniente actuar de oficio para dilucidar la controversia".[93]

Como puede apreciarse, el criterio jurisprudencial asumido por el Poder Judicial respecto a los artículos 364°, 367°, 368°, 372° y 400° del Código Civil está basado en el artículo 138°[94] de la Constitución que predispone el Control Difuso como facultad de los jueces de no aplicar aquella norma que contradiga a la Constitución[95].

V. LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Al establecer la comparación en la forma de impugnar la paternidad como tal, en el ámbito del Derecho Comparado latinoamericano, encontramos muchas similitudes con nuestro ordenamiento jurídico. Así tenemos que en Colombia, el marido de la mujer es la persona que puede impugnar la paternidad en unos determinados casos como lo son la imposibilidad física de tener acceso a la mujer dentro del término del Art. 92 del CC, o el adulterio de la mujer a la luz de los artículos 214 y 215 del Código Civil. Tenemos que considerar que estos casos de impugnación son para la filiación matrimonial ya que se habla de desvirtuar el estado de un hijo nacido o concebido dentro del matrimonio. El marido puede ejercer la acción y dentro del proceso debe probar estas causales. Para desvirtuar la filiación extramatrimonial la Ley 75 de 1968 establece que se debe hacer por medio de la impugnación del reconocimiento hecho sobre ese hijo y por las causas del los artículos 248 y 335 del CC, es decir, cuando el legitimado no ha podido tener al padre como legitimante.

[93] Expediente 2810-2006 – LIMA, veintinueve de enero del dos mil siete.-

[94] Art. 138 de la C.P.: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

[95] Debido a que las pretensiones de los ciudadanos se ven vulneradas por el plazo de caducidad establecido en los artículos del Código Civil así como el propio derecho a la identidad consagrado en el Artículo 2°, inciso 1 de la Constitución Política del Perú es pertinente dejar de aplicar una norma que se opone a esta finalidad.

En Chile, por su parte, se establece en el artículo 212 del Código Civil que la paternidad de un hijo concebido o nacido dentro de un matrimonio puede ser impugnada por el marido si prueba que se encontraba separado de hecho de la mujer dentro de un plazo de un año, o también lo puede hacer dentro de los ciento ochenta días desde el que conoció del parto. De igual manera determina que la filiación extramatrimonial se puede desvirtuar por medio de la impugnación del reconocimiento que se haya hecho, lo cual puede hacer la persona que demuestre interés en ello.

La legislación civil argentina, a su vez en su artículo 258, que el marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días después de la disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad no puede ser mantenida en razón a las pruebas que lo contradicen. También regula la impugnación del reconocimiento hecho por los padres, la cual la puede hacer el hijo o cualquier persona que tenga interés en ello.

Como se aprecia, el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad es esencialmente el mismo en cada uno de los países de nuestro ámbito latinoamericano con diferencias de forma más no de fondo, ya que en todas busca el mismo fin. Es importante comentar que en nuestra legislación es la única que ofrece las acciones de contestación y de negación, las mismas que como se sabe, atacan la presunción de concepción durante el matrimonio y la segunda directamente la presunción de paternidad, lo que no tienen las legislaciones señaladas.

Muy distinto es el panorama español, cuya legislación solo separa la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial y no matrimonial mientras que la reclamación de la filiación se enfoca en común, con una sola norma específica para la matrimonial que es la del artículo 132 del Código Civil de ese país. En la reclamación de la filiación extramatrimonial se juzga excesivo conceder la acción a cualquier persona con interés legítimo mediando posesión de estado (art. 131), propiciándose la interpretación restrictiva del precepto. Por otra parte, parece exageradamente limitado que solo el hijo este legitimado para accionar a falta de la mentada posesión (art. 133), de manera que

implícitamente carecen de personería el padre y la madre, cuya facultad de reconocer puede tropezar con inconvenientes. En términos generales, los primeros aportes doctrinarios al análisis de la nueva legislación se muestran inclinados a señalar dificultades en su futura aplicación por lo que se está a la espera de la solución jurisprudencia] de los casos concretos.

VI. CONCLUSIONES

1. La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a estos con aquel. Tradicionalmente se la conceptúa como el "vinculo jurídico" o el "lazo de parentesco" (el parentesco es una situación jurídica) que une al padre con el hijo.

2. Por otro lado, la acción de impugnación busca acabar con el estado de hijo que una persona pueda tener frente a otra. Dentro de ese contexto, se trata de la acción dirigida a obtener pronunciamiento judicial sobre el nexo de filiación que pueda existir entre padre e hijo. Tienen, pues, por finalidad acabar con un título de estado de familia del cual se posee (destruir el estado).

3. Se evidencia que el criterio de establecer plazos para el ejercicio de esta acción es contradictorio con el principio de identidad refrendado por las recientes técnicas que permiten con fehaciencia, establecer el nexo filial o no. Se requiere en ese sentido, un replanteamiento normativo de la cuestión a fin de que terminar con esta contradicción jurídica en nuestro derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia; 2006, *Código Civil Comentado;* Tomo II Derecho de Familia; Lima pág. 343

- CASTRO GARCIA, Jaime de (1998) La investigación de la paternidad. Ed. Colex, Madrid, Pág. 67.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, (1987) "Derecho Familiar Peruano" Vol. 2; Editorial Studium, Lima págs. 28 a 53.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco De Asís, (2000), Elementos de Derecho Civil Tomo II, Ed. Librería Bosch. Barcelona.
- MENDEZ COSTA, Josefa, Tratado de Derecho de Familia Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, pág. 9.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. (2000) Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Universidad de Lima. Lima
- ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Astral. Buenos Aires, 1998, Pág. 315.

EL ENCENDIDO DEBATE RESPECTO A LA PRUEBA DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Por: NATHALIE KAROL MAYTA BALDEON

Fiscal Adjunta Provincial Provisional de la Primera Fiscalía Provincial Penal de Mala Distrito Judicial de Cañete

***Sumario*: I**. Introducción, **II**. El Proceso Penal, **III**. El Sistema Acusatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano, **IV**. La Prueba en el Proceso Penal, **V**. La Prueba de Oficio Como Antecedente del Sistema, Inquisitivo, **VI.** El Principio Acusatorio Como Informador del Ordenamiento Procesal, **VII**. La Distribución de Poderes Dentro del Proceso Penal Acusatorio, **VIII**. El Juez Imparcial en el Proceso Acusatorio, **XI**. ¿Se Vulnera la Imparcialidad Cuando el Juez Determina Pruebas de Oficio?, **X**. Conclusiones, **XI**. Bibliografía

Un artículo que explora acuciosamente uno de los temas más controversiales respecto al Código Procesal Penal, lo constituye sin lugar a dudas el tema de la Prueba de Oficio, viejo instituto del Sistema Inquisitivo que se ha abierto espacio dentro del nuevo Código, amenazando principios fundamentales del Sistema Acusatorio como el de la propia imparcialidad del Juzgador.

I. INTRODUCCIÓN

Con la promulgación del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) publicado mediante D. Leg. 957, el 27 de julio del 2004, se estableció un modelo de evidente tendencia acusatorio adversarial, entre cuyas características fundamentales destacaba el hecho en el que las dimensiones de juzgador y de acusador están debidamente establecidas y delimitadas, abandonándose de este modo, el modelo inquisitivo que inspiraba el viejo Código de Procedimientos Penales de 1940, aún vigente en algunas regiones del país. A

partir de esta nueva propuesta, el Ministerio Público asume un rol fundamental en la etapa de investigación y se dividen las funciones de fiscal (investigar-acusar) y juez (juzgar-sentenciar), a la vez que los principios de oralidad, inmediación y contradicción sientan las bases del nuevo modelo de juzgamiento.

No obstante, este prometedor escenario cuyas bondades a todas luces, se orientan decididamente hacia una mejora en la administración de justicia y una mayor efectividad del marco garantista del derecho procesal penal, elementos del sistema inquisitivo han traspasado el cambio y se han asentado dentro del Código Procesal Penal, creando así un serio conflicto, no sólo desde un aspecto normativo, sino esencialmente de serio riesgo para el mantenimiento de la tendencia actual y el consiguiente peligro de un fenómeno regresivo que termine por aniquilar la voluntad de reformar el proceso penal hacia el modelo acusatorio, tal como sucedió con la fallida experiencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1920.

Y es que un cuerpo legal que se forma admitiendo serias contradicciones en su estructura normativa, crea la duda y el temor expuesto en el párrafo anterior.

El Art. 385 del NCPP[96]expresa en su texto una negación del principio de imparcialidad del Juez que es fundamento del modelo acusatorio. No podemos hablar de que estamos dentro de un sistema acusatorio adversarial y de paso acoger sus principales características, si por otro lado, vulneramos ese principio con la facultad de la prueba de oficio que se le otorga al magistrado con el Art. 385 de evidente cuño inquisitivo.

Y es que, siendo una de las reglas del sistema acusatorio adversarial el hecho de que: quien investiga no juzga y quien juzga no investiga, la práctica de las pruebas de oficio por el juzgador no se condice con un sistema acusatorio adversarial, pues ello implica que el Juez deja de ser un tercero imparcial para avocarse a la búsqueda de pruebas que al final van a beneficiar a una parte y

[96] **ARTÍCULO 385° Otros medios de prueba y prueba de oficio.-**

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.
2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.
3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.

perjudicar a la otra y de esta manera, el Juez se convierte bien en acusador o defensor lo que le quita legitimidad a su labor, a la vez que se quiebra el principio del juez imparcial, pues inclina el proceso a favor de una de las partes, así como el hecho que el juez no puede ser parte en un proceso. Entonces, lo que se sostiene es que la carga de la prueba no solo recae en el Ministerio público sino también en el Juez, siendo éste el que no solo juzga si no que también investiga, y esto poco va a contribuir a separar las labores de juez y fiscal, debido a que no sería solo el Fiscal el encargado de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado.

Se ha argumentado a favor de la inserción del Art. 385, que prima sobre el proceso penal, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, en virtud del cual se afirma que sin una apreciación correcta de los hechos no puede darse justicia certera. Ante ello, el Juez debe reservarse esta facultad, la misma que se activa en cuanto el error o la negligencia de las partes, hacen necesaria su aplicación. Recordemos al respecto, que en la historia del proceso penal, dentro del marco de ciertos regímenes totalitarios, se esgrimió el mismo argumento para justificar la inserción de la prueba obtenida ilegalmente.

Cierto es que sobre las partes pesa la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de la manera cómo ocurrieron los hechos que se le presentan, el ordenamiento procesal, pone a su disposición un mínimo de herramientas jurídicas para su convicción acerca de la situación problemática que se le plantea, que le permita conocer o acercarse lo más posible a la verdad jurídica objetiva, sin necesidad de echar por tierra toda la estructura sobre el que descansa el sistema acusatorio, recurriendo a fórmulas inquisitivas como la cuestionada en el Art. 385. Asimismo se argumenta en defensa de la inclusión de esta facultad al Juez, que ésta no sería utilizada en todos los casos, sino para supuestos en los que advierta que la actuación de una prueba sea indispensable para conocer mejor los hechos y de esta forma declarar la absolución o la condena de un acusado, pues de lo contrario se correría el riesgo de dejar en libertad al culpable de un crimen o peor aún, que se condene a un inocente[97], situaciones estas últimas que no se pueden permitir en una sociedad democrática de derecho.

Pero entonces, este argumento no sólo expresa una justificación para el Art. 385, sino que sería totalmente nefasto, pues en él se advierte la duda y el

[97] ANGULO ARANA, Pedro, "LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL" en Actualidad Jurídica Editado por la Gaceta Jurídica, Junio 2008, Pág. 155.

temor hacia el nuevo modelo procesal, lo que sería aún más grave e inadmisible para un Estado democrático.

II. EL PROCESO PENAL

Generalidades

A decir de Shöne, el proceso penal se considera como el "*sismógrafo de la Constitución*"[98], y esto con mucha razón, pues como bien sostiene Clariá, "*el Estado es una sociedad jurídicamente organizada, porque el derecho constituye el elemento orgánico de la vida social que es su materialidad. Al constituirse el orden jurídico, queda captado en su plenitud un determinado sector de la realidad*"[99].

Toda reglamentación de esta materia tiene su base y su marco en la Carta Magna. Es lógico el enmarcamiento del procedimiento penal a los principios sancionados por la actual Constitución Política del Perú, especialmente en lo que se refiere a:

1) Cumplimiento de garantías procesales.
2) El establecimiento de procedimientos técnicos, capaces de proteger a los individuos contra los abusos y excesos del Poder, así como reforzar los derechos del imputado.
3) Permitir una investigación penal objetiva y eficiente y el ejercicio oportuno del derecho del Estado a perseguir y sancionar delincuentes, para colaborar así con la seguridad jurídica y el orden y la paz social.
4) Agilizar la justicia.
5) Darle efectividad a la independencia del Organismo Judicial[100]. "El derecho penal sustantivo no se realiza por sí mismo, sino que tiene que ser realizado. Esta conversión de una disposición abstracta en una reacción penal concreta no se produce automáticamente y a la vez se requieren varios pasos: "un procedimiento", el cual si pretende ser eficaz debe ser ordenado: Entra el derecho procesal penal, cuya función obliga a establecer (y determina e! contenido de

[98] SHÖNE, Wolfang Líneas Generales del Proceso Penal Alemán, Comisiones Rogatorias, Material de Apoyo del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Guatemala 1995, Pág. 46.

[99] CLARIÁ OLMEDO, Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, Pág. 33.
[100] BARRIENTOS PEILECER. César, Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, Pág. 64.

éste) las reglas para la obtención de una decisión sobre la sanción penal y en caso de una decisión positiva, de su ejecución.

La meta del proceso no es el castigo del culpable (esta es la pretensión del derecho penal sustantivo), sino la decisión sobre una sospecha, la sospecha sobre un comportamiento punible; inherente a toda sospecha se encuentra la posibilidad de desestimarla[101]; en este sentido el NCPP consagra el principio de *presunción de inocencia,* contenido en el articulo II de dicho Cuerpo Legal[102], e! cual no hace más que desarrollar la garantía constitucional de presunción de inocencia así como el principio in dubio pro reo, ambos contenidos en el articulo2, inc., 24, Párrafo. "e"[103] de la Constitución Política de la República.

El proceso penal debe tener como objetivo principal el descubrimiento de la verdad objetiva, es decir, debe establecer cómo y en qué circunstancias tuvo lugar un hecho punible, así como el establecimiento de la posible participación del sindicado. Ello se incardina con el denominado Derecho de Defensa enunciado en nuestra Constitución en su Art. 139, inc 14[104] y que refleja nuestra actual Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 7º, al señalar que *"*en el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.*"* Asimismo, destina un Capítulo al tema de la Defensa Gratuita (artículos. 295 y ss.).

Desde un punto de vista *institucional* el proceso penal constituye un instrumento jurídico indispensable; como sostiene Clariá, "*la razón de la naturaleza pública de todo el derecho procesal radica en la inevitable intervención del Estado para la efectiva realización de la justicia*"[105]. Es decir, constituye una construcción *esencial* predispuesta para administrar justicia en

[101] SHÖNE, Wolfang Ob. Cit., Pág. 47.

[102] **Art. II°. (Nuevo Código Procesal Penal)** ***Presunción de inocencia.- "1.*** *Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*".

[103] **Art. 2, inc. 24, párrafo e (Constitución Política de 1993)** Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: "*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".*

[104] **Art. 139 Inc. 14 (Constitución Política de 1993)** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

[105] CLARIÁ OLMEDO, Jorge, Ob. Cit., Pág. 39.

cuanto surja la sospecha de que se ha infringido la ley penal; una *estructura instrumental* creada por el legislador para descubrir la verdad sobre el supuesto hecho delictivo y para actuar en concreto la ley penal (fines próximo y mediato); una *entidad* o *institución jurídica* abstracta y estática, con el destino fatal de hacerse concreta y dinámica[106].

Desde una perspectiva *objetiva, externa y estática,* el proceso penal está conformado por una serie gradual, progresiva y concatenada de actos, dicho de otro modo, por un conjunto que está dividido en grados o fases con fines específicos, los que avanzan en línea ascendente para alcanzar los fines genéricos o comunes que el derecho procesal determina, y que los actos fundamentales de la serie están enlazados unos con otros, hasta el punto de que los primeros son el presupuesto formal de los siguientes. Toda esta serie de actos no quedan al arbitrio del Tribunal o de los otros sujetos procesales, sino que están disciplinados, singular y colectivamente por el derecho procesal; éste prescribe las formas que se deben observar en la ejecución de cada uno de ellos, y el orden de proceder, o sea, una especie de programa o método de actuación. Al respecto Manzini dice que "*el conjunto de actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal para obtener del órgano jurisdiccional (juez) la confirmación de la pretensión punitiva deducida por el órgano ejecutivo (ministerio público) y, eventualmente, para realizarla en forma coactiva, constituye la actividad judicial compleja y progresiva que se llama proceso penal*"[107].

El procedimiento penal implica, desde una perspectiva funcional, la asunción de dos cuestiones: primero, la producción de una decisión definitiva para la solución de un conflicto determinado y, segundo, que la misma genere un efecto "vinculante"[108]**,** como consecuencia de su legitimación *formal* a través del procedimiento mismo que impida cualquier protesta de irrazonabilidad o arbitrariedad en su contra. Por tanto, es necesario distinguir entre el proceso de producción de la decisión y el procedimiento previo encaminado a la adopción de la' misma como partes de un proceso constitutivo de legitimación que posee una vertiente material y otra formal. La función material del proceso de decisión

[106]Bajo este aspecto el proceso penal aparece como una garantía de justicia, tanto para el individuo como para la sociedad, es decir, que simultáneamente tutela los intereses de la colectividad y de los individuos. (N. de A.).
[107] MANZINI, Vincenzo, citado por LEVENE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, Pág. 7
[108] La expresión alemana alude al carácter "vinculante" de la sentencia, con fuerza interna y no heterónoma; este aspecto no es captado adecuadamente por ningún sustantivo de la lengua española.

depende de la clase de conflicto de que se trate. El objeto del proceso penal es el específico conflicto penal proveniente de la frustración de una expectativa normativa. Existiendo la sospecha de la infracción de una norma jurídico-penal debe decidirse si tal sospecha se encuentra fundada y si se requiere la aplicación de una sanción penal para la confirmación de la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, el proceso penal es un genuino mecanismo de legitimación "retrospectiva" del conflicto concreto y de su solución.

Este planteamiento es consecuencia de un modelo formalista del derecho penal, es decir, que acepta expresamente el carácter voluntarista e intersubjetivamente convencional de la definición del comportamiento desviado, sometiéndola al principio de estricta legalidad. De allí el carácter empírico y cognoscitivo, no decisionista, de la comprobación judicial de dicho comportamiento desviado. En efecto, la decisión se legitima "retrospectivamente" si y sólo si ella se ajusta a la convención legal.

Por otro lado, a través del paso del tiempo el proceso penal a ido variando de muchas formas, desde concebirse como un proceso eminentemente privado (como todavía en algunos países se concibe) o público (como es el caso peruano), hasta contemplar inclusive distintos sistemas procesales para dilucidarlo como lo son el Sistema Inquisitivo y el Acusatorio, lo cual se debe a las distintas concepciones que la sociedad, en un determinado momento, ha tenido de la persona, así como del Estado y su función (antropomórficamente hablando),es decir, que la visión que ha tenido la sociedad de éstos, es lo que en última instancia ha determinado que sistema procesal debe implementarse, conducta que puede apreciarse con un simple examen a la historia del proceso penal, Por ejemplo: El Derecho Penal surgió debido a la necesidad de brindar protección al delincuente, toda vez que en la antigüedad no existía una lógica relación entre la falta o delito y la pena, es decir, que por una falta o delito leve podría implementarse a un delincuente menor una pena o castigo muy grande, incluso la pena de muerte, por lo que la sociedad considero importante brindar protección a la persona (delincuente menor) y que ésta sufriera un castigo que tuviera relación con el delito o falta cometido, o sea que en este periodo de génesis del Derecho Penal, la Sociedad apreció que valía más la vida de una persona (delincuente) que una falta o delito leve, por lo que se encomendó al Estado que velara por la vida de estas personas y que se les aplicara un castigo justo. Como se puede observar en el anterior ejemplo, fue la concepción que en un momento determinado tenia la sociedad de la persona y del Estado, lo que señaló cómo debía procederse, que es justamente lo que al principio de este párrafo se asevera.

Para Manzini, la finalidad específica del proceso penal "*es la de obtener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado el ministerio público*"[109]. El contenido del proceso penal lo constituye entonces la declaración de certeza jurisdiccional de las condiciones que determinan, excluyen o modifican la realización de la pretensión punitiva del Estado.

Por tanto, la finalidad práctica del proceso es la declaración de certeza de la verdad en relación al hecho concreto, y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas. Fundamentalmente, el interés que determina el proceso penal es el de llegar a la punibilidad del culpable, o sea, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable, o a la absolución del inocente.

Las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social de reprimir la delincuencia y también el de garantizar la libertad individual, evitando el error y la arbitrariedad, mediante la investigación de la verdad material; tanto es así que no basta la confesión del acusado si no se sujeta a ciertas prescripciones, y que la ley rodea de precauciones a la prueba[110].

III. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO.

Las sociedades van organizando, de acuerdo con sus necesidades, sus propios marcos de competencia y van asignando las funciones inherentes a los roles de acuerdo con sus necesidades. La forma de controlar la organización se encuentra en la expedición de leyes que identifican las necesidades de la misma sociedad, así, la libertad y su garantía cobra contenido en el entendido de que la organización social solamente debe limitarla en la medida de lo estrictamente necesario, de suerte que la ley sólo puede limitar las libertades en esta proporción; pero además, cumple una función pedagógica y a la vez cohesiona al grupo social que la identifica como la respuesta de la materialización de sus necesidades.

[109] MANZINI, Vincenzo, citado por LEVENE, Ricardo, Ob. Cit., Pág. 8

[110] En efecto; el proceso penal prolonga el derecho constitucional, dando vida y haciendo efectivos sus preceptos en cuanto representan una garantía de la libertad y afirman la personalidad humana. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución carecerían de todo valor y serían ilusorios si no existiesen las leyes procesales que reglamentan su ejercicio y su existencia. Por eso el derecho procesal penal es una rama del derecho público interno, la acción es pública, y la actividad jurisdiccional corresponde al Estado. (N. de A.).

Por otro lado, el radical giro dado por nuestra legislación procesal penal en aras de sacudirse del modelo inquisitivo en el que se venía desarrollando desde 1940 con el Código de Procedimientos Penales, no sólo obedece a una voluntad del legislador peruano de retomar una dirección ya experimentada en 1920 con nuestro fallida Ley de Enjuiciamiento Criminal[111]*, sino por una tendencia que alcanza a Iberoamérica en general, el cual puede ser caracterizado, en términos generales, "como un intento de crítica radical a las estructuras judiciales heredadas del sistema inquisitivo y a la cultura judicial y jurídica gestada alrededor de este modelo judicial"*[112] *que, según Binder, "ha calado tan profundamente en la formación jurídica moderna que actualmente es el principal obstáculo para todo proceso de cambio"*[113]*.*

El éxito de la reforma procesal penal depende, en gran medida, de la capacidad de profundización democrática de la estructura política y de la instauración de una cultura social genuinamente republicana. Este proceso conllevará inevitablemente tensiones, avances y retrocesos; por ello, se hace necesaria una constante evaluación y una renovada reflexión teórica sobre las múltiples dimensiones del mismo a fin de evitar el retorno a prácticas inquisitivas con nuevas reconstrucciones teóricas, pues el sistema inquisitivo "*ha demostrado una gran fuerza de absorción de instituciones nuevas*"[114].

Corresponde igualmente a esa misma sociedad definir que quiere con el derecho penal, esto es, ¿por qué prohibir?, ¿porqué juzgar? y ¿por qué castigar? Teniendo claro lo que se pregunta a partir de estos tres cuestionamientos, la sociedad construye un marco de valores y derechos que se compromete a respetar de acuerdo con la identificación de esos objetivos. Eficientismo y garantismo se enfrentan en el marco generado por estos cuestionamientos: los modelos penales autoritarios, como el que se configura en el método inquisitivo, pretende legitimar el abuso del poder en la realización de una justicia penal que

[111] que por cierto fue un auspicioso intento de instaurar el sistema acusatorio en el Perú aunque no comprendido por los operadores del derecho de aquel tiempo que lo arrastraron a su supuesto fracaso. (N.A.).

[112] Sobre la demersión de la transformación cultural de los procesos de reforma de la justicia criminal, que abarca mucho más que la reforma legal, (BINDER A., "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Reformas procesales en América Latina* (La oralidad en los procesos), Pontificia Universidad Católica, Santiago, 1993, Pág. 67 y sgtes).

[113] Ibídem

[114] BINDER llama la atención sobre la necesidad de apoyar el proceso político de reforma con una constante elaboración teórica v científica de las instituciones procesales, disociarlas de su función meramente ritual en la enseñanza tradicional y vincularlas con fuerza al derecho constitucional y penal, en fin, al sistema de garantías del Estado de Derecho. En este proceso juega un rol fundamental el modo de enseñanza del derecho y el papel de la academia (BINDER A., Ob. Cit., Pág. 22 y sgte.).

convenza a la sociedad; el garantismo implica, por su parte y de manera definitiva, la validez del reconocimiento del hombre como un auto-fin dentro de un sistema que da especial connotación al concepto de la equidad, tratando de proteger al procesado que se enfrenta como parte débil al poderoso Estado y por eso, lo hace titular de garantías que lo salvaguardan del abuso del poder del más fuerte, incluidas en un plus que denominamos *favor rei* y que desarrolla una serie de derechos que lo amparan del poder y de la arbitrariedad y el exceso en su uso.

La necesidad de la Ley y la confianza en su cumplimiento por parte de todos sus destinatarios, son la materia prima con la que se confecciona el tejido social que identifica en la convivencia pacífica su objetivo definitivo y le dan ese alcance al Derecho Penal, con lo que se le excluye como argumento para legitimar o perpetuar el poder a partir de la complacencia social con la aparente eficiencia del sistema.

El derecho penal entonces, se sirve de principios de orden procesal para extender las limitaciones de la sanción en una jurisdicción que se funda en la verdad y la libertad como valores que la soportan[115].

El cambio al que nos enfrentamos nos impone la modificación de varias de las perspectivas con las que nos acercamos al proceso penal: en materia de roles, de estructura mental, en la apertura del hombre hacia lo social, en asumir aquel compromiso de cumplir la ley y participar. Tenemos derechos pero también somos responsables por unos deberes respecto de los cuales evadimos responsabilidades: la participación democrática, el ejercicio de la solidaridad, el cumplimiento de la ley, el respeto por los derechos de los demás, la comparecencia a un estrado judicial como testigo; son tal vez los principales deberes de los ciudadanos, con cuya participación y conciencia de su importancia se completará la función pedagógica que la normatividad de un proceso acusatorio comunicaría[116].

IV. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Eugenio Florián[117] dice que "*desde que se comete el delito, nace para el Estado el derecho y el deber de aplicar la ley penal, lo que da origen a una relación jurídica*

[115] FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón Teoría del garantismo penal, Editorial trotta, Madrid, 1995; página 544 y siguientes.

[116] Pero sin duda que el sistema judicial en un proceso de corte acusatorio será más transparente, lo que generará mayor confianza en él mismo y a su vez, contribuirá a la construcción de ese tejido social que se espera que exista. (N. de A).

[117] FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho procesal penal.* 'Bosch casa editorial, Barcelona, 1994, pág. 14.

con el encuentro de estos dos derechos: el del Estado que sanciona y el del acusado que exige que su responsabilidad sea previamente determinada y aplicada la pena dentro de los límites legales".

La importancia del proceso penal ha sido reconocida por grandes maestros de las ciencias jurídicas. Francisco Carrara dijo que "*el rito era la garantía de los hombres de bien*"[118]; y Enrique Ferri escribió que "*el Código penal es el Código de los delincuentes y el Código de procedimientos penales, la ley de los hombres honrados*"[119]. La función del proceso es aportar al juzgador, elementos de prueba, para que éste pueda garantizar la certeza judicial en la responsabilidad del imputado. De aquí que la prueba tenga una importancia fundamental, porque es el alma del proceso y la energía propulsora de toda la máquina procesal.

La Teoría de la Prueba como la fundamental del Derecho procesal, llamado acertadamente por Jeremías Bentham "Derecho probatorio", dice Carlos Zavala Loaiza, "*trata de abarcar todos los problemas relacionados con la evidencia jurídica, con la formación de la conciencia del juez, teniendo por eso tan estrecha relación con la Teoría del Conocimiento, que nos lleva a la consecución de la verdad filosófica o nos acerca a ella. Estos estudios nos pondrán en posesión de lo que es la prueba en general, de dónde parte y a dónde llega, cómo y por quién debe producirse, las diferencias que presenta según las jurisdicciones en que actúa —civil o penal—, su valor y mejor manera de apreciarla, permitiendo saber en lo que se le hizo consistir en el pasado y a lo que está llamado en el presente*"[120].

Aproximación conceptual a la Prueba

La *prueba* puede ser definida en términos simples como un medio de *verificación* de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio[121]. Completando este núcleo básico, se puede decir que la prueba es una *verificación de afirmaciones* que se lleva a cabo utilizando los *elementos o fuentes de prueba* de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de *medios de prueba* y con arreglo a ciertas garantías[122]. La primera afirmación, que

[118] Citado por FLORIÁN, Eugenio, Ob. Cit., Pág. 15.
[119] Ibídem.
[120] ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El -proceso penal y sus problemas.* Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. 1957, págs. 55-56.

[121] COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil,* 3a ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, Pág. 217.

[122] Esta definición parcialmente a SENTÍS MELENDO S., *La prueba,* Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1990, Pág. 22.

está implícita en la definición anterior, es que la prueba no consiste en *averiguar,* sino en verificar[123].

Esta constatación resulta útil para efectuar desde ya una precisión que es crucial para la comprensión del sistema procesal penal de la reforma: la prueba en el proceso penal únicamente tiene lugar en la etapa del juicio oral[124]. Es aquí donde el tribunal verifica las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa. Como veremos, toda la actividad que precede al debate contradictorio y que se lleva a cabo durante la etapa de investigación no constituye propiamente actividad probatoria destinada a verificar hechos, sino lisa y llanamente actividad de instrucción destinada a averiguarlos, lo que exige reconocer las diferencias existentes entre los actos desarrollados en cada una de dichas etapas.

El segundo aspecto que resulta necesario destacar en esta definición dice relación con la distinción que en ella se insinúa entre *elementos* y *medios* de prueba, la que nos resultará de particular utilidad al estudiar los nexos entre los *actos de investigación* y los *actos de prueba.* En este artículo llamaré: "elemento de prueba" a "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"[125]; por *medio de prueba* entenderemos, en cambio, "el

[123] SENTÍS MELENDO atribuye la confusión entre ambos conceptos en Iberoamérica a las *Siete Partidas* de Alfonso X, que definían la prueba señalando que *prueua es aueriguamiento que se feze en juveio en razón de alguna cosa que es dudobsa*". (SENTÍS MELENDO, Ob. cit., Págs. 10 y 11).

[124] RAMOS MÉNDEZ (F.), *El Proceso Penal. Tercera Lectura Constitucional,* Bosch, Barcelona, 1993. Pág. 341. En el mismo sentido, BINDER, refiriéndose a la investigación preliminar: "Cuando afirmamos que esta primera fase del proceso penal es 'preparatoria', queremos decir, fundamentalmente, que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como 'prueba'. Hemos visto ya que existe una garantía básica que consiste en el juicio previo, es decir, que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio en el que se presente la prueba que permitirá comprobar su culpabilidad o inocencia. El juicio es, pues, *el momento de la prueba,* en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ése es, precisamente, el sentido de las palabras 'preparatorio de la acusación', con las que calificamos al procedimiento previo". (BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal,* 2a ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, Pág. 238).

[125] VELEZ MARICONDE (A.), *Derecho procesal penal,* t. I, p. 314 y t. II, p. 201, citado por CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal,* 4a ed., Depalma, Buenos Aires, 2001, Pág. 16, quien añade que "En general, estos datos consisten en los *rastros* o *huellas* que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas (rotura, mancha, etc.) o en el cuerpo (lesión) o en la psiquis (percepción) de las personas, y el resultado de experimentos y operaciones técnicas sobre ellos (v. gr., la pericia demostró que la mancha era sangre)" (ídem). Optamos, con VELEZ MARICONDE, por el concepto de "elemento de prueba", por parecemos confusa la distinción trazada por CARNELUTTI entre *fuentes* y *medios de prueba,* seguida luego por SENTÍS MELENDO y por gran parte de la doctrina. Según explica este último, "las *fuentes* son los elementos que existen en la realidad, y los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso", SENTÍS MELENDO, Ob. cit., Pág. 150. Y agrega, en otras palabras, "fuentes son los elementos probatorios que existen antes del proceso y con independencia de

procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso"[126]. El tercer aspecto a destacar está relacionado con la existencia, a través del concepto de *medios de prueba,* de un *procedimiento* para la incorporación de los elementos de prueba al proceso, que debe respetar un cúmulo de garantías y que tienen que ver con su licitud. Los medios de prueba son, de esta manera, un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías, y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos. Como explica VEGAS TORRES:

"*Este control es necesario en dos vertientes: por un lado, para asegurar que el convencimiento del juzgador se basa en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones ni en sistemas de averiguación de corte irracional o comúnmente tenidos como de escasa o nula habilidad; por otro, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento se han producido con respeto de las garantías constitucionales y legales..."[127].*

V. LA PRUEBA DE OFICIO COMO ANTECEDENTE DEL SISTEMA INQUISITIVO

Durante buena parte de la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, el Juez Penal tenía la potestad de sustituir las deficiencias en la aportación de pruebas por parte del Ministerio Público, al extremo que permitía la actuación de prueba de oficio, como también, la ampliación de la instrucción, también de oficio (artículo 202º)[128]. Esta potestad entregada al Juez era

éste" y "medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso" (ídem, Págs. 15 y 16). Bajo este concepto el testigo o la cosa objeto de un reconocimiento pericial es una fuente; la declaración testimonial o el informe pericial, un medio (ibídem). Sin embargo, aunque SENTÍS MELENDO declara seguir, en este punto, la distinción de CARNELUTTI entre fuentes y medios de prueba, la verdad es que más que simplificarla la modifica: para CARNELUTTI es "el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad", en tanto *medio* es "la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar", CARNELUTTI, *La prueba civil,* Págs. 70-71. La diferencia entre esta idea y la de SENTÍS MELENDO queda en evidencia cuando el primero considera que las tres fuentes típicas de prueba serían el testimonio, el documento y el indicio (ídem, Pág. 195); mientras que medio de prueba sería, "ante todo, la *percepción* del juez" (ibídem, Pág. 71).

[126] CAFFERATA ÑORES (J.), Ob. cit., Pág. 26, siguiendo a CLARIA OLMEDO v FLORIAN.

[127] VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* La Ley, Madrid, 1993, Pág. 53..

[128] La suma del *principio de oficialidad* y el *principio de investigación oficial* integran lo que se suele llamar *principio inquisitivo;* en las antípodas, la suma del *principio dispositivo en sentido estricto* y el *principio de aportación de parte* integran

justificada con el argumento "en la búsqueda de la "verdad" – se hacía referencia en la sustentación de esta medida judicial a la necesidad de "esclarecimiento de los hechos" –. Esta necesidad supuesta, a decir verdad tenía un precio y ese precio era el sacrificio de algunas garantías, como bien lo señala SUPERTI: "el concepto de verdad adquiere gran importancia porque muchas veces el proponer su búsqueda y obtención como fin supremo ha justificado atropellos a los derechos individuales, (…)"[129].

Ahora bien, el cuestionamiento que se plantea con el nuevo sistema procesal impuesto con la promulgación del NCPP, es si la búsqueda de tal "verdad" justifica el hecho de la pérdida de su lugar como terceros imparciales en el proceso a los jueces desde el momento que a mutuo propio, deciden convocar las denominadas "pruebas de oficio"

En el Código de Procedimientos Penales de 1940 anteriormente citado, se establecían las características propias de la prueba en un proceso penal de inspiración netamente inquisitiva, esto es, la esfera de participación del Juez de instrucción era activa dentro del desarrollo del proceso dado que, podía decretar de oficio, se practicaba en el sumario y residualmente en el juicio, sin ser necesaria la intervención de la defensa, y dentro de los criterios "siempre que sea pertinente, eficaz, conducente y útil". De esta forma, el viejo modelo procesal descansaba sobre una estructura estrictamente vertical entre el funcionario judicial que "todo lo sabe y todo lo puede". Este modelo contrasta con el proceso penal acusatorio clásico, donde el juez está prohibido de decretar pruebas de oficio, las cuales deben ser solicitadas por el acusador, en el orden que mejor convenga para probar su teoría de caso, o por el defensor, dentro de su estrategia de defensa.

Uno de los graves problemas del Código de Procedimientos Penales de 1940 era que se violaba la imparcialidad puesto que el Juez asumía el rol de investigador; se encargaba de reunir el material suficiente para acreditar el delito y la responsabilidad, siendo más grave aún la situación, cuando este mismo Juez

lo que se conoce como *principio dispositivo en sentido amplio.* Véase MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional,* cit., 1.1, p. 337. En otras palabras, entendemos que el *principio inquisitivo,* expresa la idea de *investigación oficial de la* verdad, esto es, que ni el objeto del litigio ni la actividad probatoria dependen de la voluntad de las partes que intervienen en el procedimiento, sino que son una misión estatal; el *principio dispositivo,* en cambio, expresa la idea de que tanto el objeto del litigio como la actividad probatoria dependen absolutamente de la voluntad de las partes, al punto que el Estado no puede extender la decisión a aspectos no comprendidos en el planteamiento de las partes ni puede desarrollar actividad probatoria de oficio.

[129] SUPERTI, Héctor. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial Juris, 1998, Pág. 50.

tenía que emitir la resolución de sentencia (proceso sumario – Decreto Legislativo 124)[130].

Esta situación sería aplicable al nuevo sistema procesal penal peruano sólo si entendemos el principio de investigación oficial como un principio que impone derechos y cargas *al Estado.*

En efecto, en cuanto el ministerio público -representante del Estado en la etapa de investigación- dispone de amplias facultades en la iniciativa de los actos de investigación y tiene la carga de producir, durante el juicio oral, la prueba que ha de servir de base a la condena, es correcto afirmar que el sistema procesal penal de la reforma se rige por el principio de investigación oficial. Por el contrario, si entendemos el principio de investigación oficial como un principio dirigido hacia la actividad *del Tribunal,* habría necesariamente que concluir que nuestro sistema se rige por el *principio de aportación departe*[131]*.* En efecto, uno de los rasgos característicos del proceso acusatorio que se ha instituido, en teoría, debía asumir la absoluta pasividad del juzgador, tanto durante la etapa de investigación como durante el juicio oral, lo que implicaría que éste tendría generalmente vedada la realización de actos de investigación e, incluso, la intervención en la producción de la prueba. Más, de acuerdo a nuestro Nuevo Código Procesal, tal como lo estamos analizando, esto no es así y ello contradice tal enfoque.

Una de las cuestiones más importantes de la presunción de inocencia es que la iniciativa probatoria debe estar a cargo estrictamente de las partes, esencialmente del persecutor penal. Sobre esta materia, BINDER apunta lo siguiente: "lo que existe en él es un órgano de Estado (órgano de persecución) cuya finalidad es adquirir toda la información de cargo y de descargo para aproximarse, lo más posible a la verdad histórica (si luego lo logra o no, o si simplemente, sólo puede construir la "verdad forense", es otro asunto) (…) lo cierto e importante es que el imputado no tiene que probar su inocencia, tarea

[130] "Aquél sistema que atribuye al Juez la función de instrucción – especial y, con mayor razón, aquellos que atribuyen al mismo Juez la instrucción preparatoria y la de juzgamiento, violan el principio de imparcialidad. En la etapa de instrucción preparatoria pueden surgir conflictos de naturaleza constitucional entre investigador e investigado, que deben ser resueltos por el tercero imparcial. No es concebible que el juez actúe simultáneamente como investigador y protector de garantías individuales." (GARDERES, Santiago y VALENTÍN, Gabriel. *Bases para la reforma del proceso penal. Montevideo*, Konrad Adenauer Sitftung, 2007, Pág. 33.)

[131] ROXIN, *Derecho procesal penal,* cit., p. 99. Al respecto explica MAIER: "el interés público por la pena estatal ha destituido al interés particular, incluso en materia probatoria. De tal manera, es el propio Estado, por intermedio de sus órganos competentes, el interesado en averiguar la verdad acerca de la existencia o inexistencia de un hecho, para aplicarle sus reglas penales y, eventualmente, actuar la consecuencia jurídica, con prescindencia del interés particular". MAIER, *Derecho procesal penal argentino,* cit., p. 581.

que en todo momento le corresponde a los órganos de persecución penal. Se debe insistir en esta idea, aunque parezca obvia, porque es una garantía de trascendental importancia política: ella marca, muchas veces, el límite tras el cual comienza a gestarse una sociedad represiva, en la que cada ciudadano es sospechoso de algo."[132] Con estos fundamentos, como apunta SUPERTI, con la bandera de la "verdad" "se ha justificado la intervención oficiosa de los jueces en la producción de la prueba, aún a costa de romper el equilibrio procesal, la garantía del juicio previo, la igualdad de las partes y la neutralidad del Tribunal"[133].

La explicación detallada anteriormente en la que se mencionan los principios rectores del procesamiento, sería suficiente para puntualizar las radicales diferencias con la prueba aplicada en el sistema inquisitivo, pues en éste la mediación solo era una fase para la norma porque en la práctica se recogían pruebas a la distancia y a través de los auxiliares de juzgados o se permitían que el perito remita el informe con el mismo interesado; con el nuevo sistema la eficacia de la inmediación no puede ser soslayada por los operadores de la justicia, no hay prueba válida sin notificación o la otra parte para que ejerza el derecho de contradicción, no deberá existir prueba de oficio, puesto que esta actitud propia del sistema procesal pasado violenta el principio dispositivo, en fin, para introducirme al tema es conveniente destacar lo que hemos dicho, que no hay juicio sin proceso previo, que no hay prueba fuera del proceso, que no hay prueba que se consiga violando los principios constitucionales.

VI. EL PRINCIPIO ACUSATORIO COMO INFORMADOR DEL ORDENAMIENTO PROCESAL

El juicio oral es la fase principal del proceso penal. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y dar el triunfo a aquél de los contendientes que tenga razón y la justicia de su parte; el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer con igualdad de condiciones los elementos de cargo y de descargo, y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio.

[132] BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Editorial *Ad hoc*, segunda edición, 2005, Pág. 128.

[133] SUPERTI, Héctor. Ob. Cit., Pág. 51.

El juicio oral, también denominado plenario o fase decisoria, se inicia cuando el órgano jurisdiccional dicta auto de enjuiciamiento decretando su apertura, conforme al art. 353 del NCPP y el Juzgado Penal competente, dicta el Auto de a juicio con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio oral (Art. 355).

El núcleo central de esta fase está integrado por el acto de la vista, o juicio oral en sentido estricto[134]. En el acto de la vista se practicarán las pruebas; las partes, en base al resultado de las mismas, ratificaran las conclusiones de sus escritos de calificación provisional (calificación definitiva); si el órgano de enjuiciamiento considera que el hecho punible ha sido calificado de forma errónea puede plantear a las partes la "tesis", es decir, una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por estas; las partes defenderán, de forma oral, sus conclusiones definitivas a través de los informes; se concede al acusado la posibilidad de hablar el último y, finalmente, el juez o el presidente del tribunal declarará el juicio concluso para sentencia.

La racionalidad de la apertura del juicio oral supone que, necesariamente, alguien, sea el Ministerio Fiscal o la acusación particular (es decir, alguien distinto del órgano jurisdiccional) ha de sustentar la acusación (principio acusatorio y de contradicción), debiendo el juez o tribunal permanecer, en palabras de Oliva, "... pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates"[135].

Afirma Martínez Arrieta que "el principio acusatorio informa al ordenamiento procesal en su conjunto, del que nacen los derechos y las posiciones de las partes en el proceso"[136].

El fundamento del principio acusatorio, del que dimana este sistema, está en que toda persona sometida a un proceso penal tiene derecho a ser informada, de manera clara y asequible, de la acusación formulada contra ella, para que así pueda manifestar su conformidad o disconformidad con las pretensiones de la

[134] DE LA OLIVA y otros: "Derecho procesal penal", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, Pág. 301.

[135] DE LA OLIVA y otros: Ob. Cit., Pág. 302. Esto también está expresado, aunque en otros términos, en el Art. I, inc. 3 del NCPP cuando señala que: "Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia".

[136] MARTÍNEZ ARRIETA, A, "La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio", ed. Comares, Madrid, 1994, Págs. 16 y 17.

acusación y preparar, en su caso la oportuna defensa[137], siendo imprescindible para ello que los hechos básicos del complejo acusatorio estén clara y precisamente narrados y que no sean objeto de un cambio súbito y radical que elimine o disminuya sensiblemente cualquier posibilidad de defensa efectiva.

VII. LA DISTRIBUCIÓN DE PODERES DENTRO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

El principio acusatorio impone la distribución de los poderes de persecución penal y, por ello, de las funciones asociadas a su ejercicio, implicando una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento[138]. El principio puede entonces descomponerse en dos aspectos:

Distribución de las funciones de acusación y decisión

En su núcleo básico, el principio acusatorio impone una distribución de los poderes que se despliegan en la etapa del juicio, impidiendo que quien acusa y juzga sean una misma persona, como es -por el contrario- característico del principio inquisitivo.

Para estos efectos, el principio acusatorio exige la presencia de un acusador, que sostiene la acusación, y de un juez, que decide sobre ella (nenio iudex sine acusatore).[139]

En los sistemas acusatorios históricos, el principio acusatorio se aplicaba naturalmente, toda vez que no existía el concepto de persecución penal pública y, por lo tanto, no regía el principio de oficialidad. El proceso penal era siempre un proceso entre partes. Los sistemas acusatorios modernos, en cambio, han debido lidiar con la necesidad de compatibilizar el principio de oficialidad con el principio acusatorio, para lo cual el Estado ha asumido tanto la tarea del acusador como la de juez, pero separando estas funciones en dos autoridades

[137] MANZANA LAGUARDA, M.: "Los principios del proceso penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Nº 6, Madrid, 1992, Pág. 280

[138] Siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, citado por ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio* y *Derecho de defensa en el proceso penal,* Estudios Trivium, Madrid, 1991, p. 25. Véase también GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal,* Editorial Colex, Madrid, 1997

[139] En esta línea, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMÍNGUEZ), cit., p. 85.

estatales distintas, es decir, una autoridad de acusación y un tribunal[140]. Esto es lo que se conoce como principio acusatorio formal.[141]

Distribución de las funciones de investigación y decisión

El principio acusatorio impone también una distribución de los poderes procesales de investigación y decisión. En los sistemas inquisitivos reformados o mixtos el procedimiento penal se divide en dos fases bien diferenciadas: la fase de instrucción, regida por el principio inquisitivo y la fase de juicio oral, regida por el acusatorio[142].

En estos sistemas el principio acusatorio determina la prohibición de que el instructor pueda enjuicia y decidir el asunto, lo que resulta especialmente relevante cuando la fase de instrucción es dejada a cargo de un juez de instrucción que, de intervenir en la fase de juzgamiento, vería seriamente afectada su imparcialidad[143].

La distribución de las funciones de investigación y decisión, impuesta por aplicación del principio acusatorio, es considerada actualmente una garantía individual implícita en el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial[144].

VIII. EL JUEZ IMPARCIAL EN EL PROCESO ACUSATORIO

Una de las características principales del sistema acusatorio formal es la separación de las funciones de instrucción, acusación y decisión o fallo. De estas características deriva el derecho fundamental al "juez imparcial" o "juez no prevenido".

Tradicionalmente, como ya lo he señalado párrafos arriba, el *derecho a un juez imparcial* - o principio de imparcialidad- había sido estudiado en relación con los instrumentos procesales que tenían por objeto impedir que un juez comprometido de alguna manera con las partes o el conflicto pudiera conocer válidamente de ella. Aunque no se puede lisa y llanamente despreciar las características del Juez de nuestro anterior sistema inquisitivo, lo cierto es que

[140] ROXIN, *Derecho procesal penal,* cit., p. 86.
[141] ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio...,* cit., p. 22.
[142] O, como resume en una sola idea, GÓMEZ ORBANEJA, "implica una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento". Citado por ASENCIO MELLADO, p. 25.

[143] ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio...*, cit., p. 25.
[144] Ibídem

él ha sido completamente desplazado por la consideración de los efectos que, en el *derecho a juez imparcial,* tienen las desviaciones del principio acusatorio.

Soy de la idea que se ha logrado un notorio avance al respecto con la instauración del NCPP en donde se ha instituido la idea de un juez árbitro de la contienda, donde la imparcialidad es garantía de la igualdad de armas; no obstante, con el Art. 385, referido a la prueba de oficio, se abren las puertas a rezagos inquisitivos. Si el Juez dispone una investigación suplementaria o excepcionalmente en el debate la actuación oficiosa de pruebas, es que tiene dudas, lo que de alguna forma, aplicando el principio del in dubio pro reo, lo debiera llevar a la absolución; pero preocupado por qué la pretensión punitiva no se ha dado o no va poder ser acogida, ayuda al actor, esto es, al Ministerio Público, lo que nos impide afirmar que esté actuando realmente con imparcialidad.

Es evidente también, que cuando el Tribunal asume ese rol, no ignora a quien va beneficiar: de hecho que no va ser al imputado, dado que éste no tiene nada que probar pues se presume inocente. Lo que realmente hace la prueba de oficio es auspiciar y generar el material probatorio necesario para la imposición de la condena. En conclusión, al introducir este tipo de normas, se vicia el nuevo espíritu que debe tener nuestro Sistema Procesal; se lapida realmente el principio de presunción de inocencia e igualmente el de imparcialidad del Juez. Todo en aras supuestas, de garantizar "la verdad" y la eficiencia. Si se ha tomado la valiente decisión de reformar el sistema de justicia penal y generar esta gran revolución en el Perú, implementando un nuevo Código Procesal Penal inspirado en el modelo acusatorio, que es la propia constitucionalización del proceso, se debe asumir en su totalidad tal modelo y no crear esta suerte de injerto donde aún se mantengan rezagos del viejo sistema inquisitivo, pues esto acarrea el peligro de arrastrar a un nuevo fracaso al sistema procesal penal peruano.

El fundamento de la doctrina de que la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, estriba en que la primera de estas garantías, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el juez o tribunal, situado "supra partes" y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad[145].

[145] BERMÚDEZ OCHOA: "Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal", en "Cuestiones de Derecho procesal penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Nº 6, Madrid, 1994, Pág. 57.

Imparcialidad subjetiva (personal).

La imparcialidad del órgano enjuiciante puede apreciarse desde una doble perspectiva: subjetiva, que trata en definitiva de determinar lo que el juez piensa en su fuero interno en orden, especialmente, a las personas acusadas y acusadoras y que da lugar a la institución de la abstención y recusación; y la objetiva, que se proyecta a consideraciones funcionales y orgánicas en orden a la comprobación de si un juez o tribunal ofrece garantías suficientes para excluir toda duda razonable y, por consiguiente, legítima, de parcialidad.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la imparcialidad subjetiva se origina por la relación extraprocesal que cualquiera (o todos) los miembros del órgano juzgador tenga o haya tenido con las partes en el proceso.

Imparcialidad objetiva (funcional).

La imparcialidad objetiva considera la posición de los miembros de la Sala Juzgadora respecto al objeto mismo del proceso, y que se deriva de la relación o contacto que el órgano judicial haya podido tener con los hechos y con el imputado con anterioridad a la sustanciación del juicio oral, considerando a dicho imputado como uno de los elementos identificadores de la acción[146].

Al garantizar la ley la imparcialidad objetiva no se trata de poner en duda la rectitud personal de los jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables del presunto reo. Pero ocurre que, como afirman Puyol Montero e Illescas Rus, "*la actividad instructora, cuando pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, perjuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible*"[147].

IX. ¿SE VULNERA LA IMPARCIALIDAD CUANDO EL JUEZ DETERMINA PRUEBAS DE OFICIO?

[146] PUYOL MONTERO y A. ILLESCAS RUS, *Cuestiones de inconstitucionalidad: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, Pág. 1.300.

[147] PUYOL MONTERO y A. ILLESCAS RUS, *Ob. Cit.*, Pág. 1.301.

Debo partir, para responder esta pregunta, de un logro realmente brillante de Vergé Grau que dice: "De ahí que la principal crítica hace al proceso inquisitivo es la de haber comprometido la imparcialidad del juez. Como decíamos más arriba, a partir de los años cuarenta, Schimidt y Vogt constatan que el proceso inquisitivo también puede iniciarse por acusación de un tercero, y que lo importante para distinguirlo del acusatorio es la forma en que el juez actúa, pues en el inquisitivo lo característico es la investigación que se efectúa por orden judicial para conocer la verdad del hecho, cuyo resultado se convierte en la base fáctica de la sentencia. En este sentido Tomás y Valiente, recogiendo esas mismas ideas, afirma que la falta de imparcialidad del juez es la primera nota distintiva del proceso inquisitivo, por ser "*casi siempre el indagador de los hechos y el encargado de suministrar pruebas, sobre cuyo contenido deberá juzgar después él mismo*"[148].

Es evidente que el juez compromete su imparcialidad, cuando tiene que hacer hipótesis para buscar la prueba, porque tiene que indagar e investigar y al hacerlo se compromete psíquicamente con lo que logra y ese imperio psíquico, por decirlo en alguna forma, opaca la racionalidad y le hace perder al juez su imparcialidad, porque arrastrará prejuicios y preconceptos. No obstante se argumenta en contrario el hecho de que, "*si en la etapa del juicio, donde el juez es prácticamente un espectador, se presentan vacíos cognoscitivos y para poder decidir con sustento en la verdad, hay pruebas que se muestran objetivamente como expeditas y que el juez no las buscó de propósito, y que devienen en útiles y necesarias para lograr construir la sentencia con sustento en la verdad las debe decretar y no por ello compromete su imparcialidad*"[149].

Ferrajoli, en su modelo garantista y concretamente con sustento en el axioma *Nulla accusatio sine probatione* (principió de la carga de la prueba o de verificación)[150], sobre todo cuando se refiere al tema, señala: "*La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma nullum iudicium sine accusatione (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación), es la base de las garantías orgánicas estipuladas en nuestro modelo teórico. Comporta*

[148] GRAU, VERGÉ. *La defensa y el imputado y el Principio acusatorio.* L.M. Bosch Editor, S.A. 1994, pág. 23. Y, además, agrega: "Es por ello que ya los decían que en el proceso acusatorio "los jueces no deben hacer nada distinto que pronunciarse sobre la verdad o falsedad de la acusación, pues este proceso se caracteriza por la pasividad del juez al recoger las pruebas, sean de cargo o de descargo".

[149] PARRA QUIJANO. Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, Editorial ABC, Bogotá 2007, Pág. 726.

[150] FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del garantismo Penal, Editorial Trotta, Madrid 1995, Pág. 93.

no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación ***con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a*** *los primeros como consecuencia de la prohibición iudex ex officio, sino también, y sobre todo, el papel de parte en posición de paridad con la defensa asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado*". "*La garantía de la separación, así entendida, representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terziéta) del juez respecto a las partes de la causa; que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación que son las primeras garantías procesales del juicio"*[151]*. ´*

Con el fin de tomar una posición responsable, sobre una de las teorías en materia penal, más influyentes de la última mitad del siglo XX, y que ha llegado a rebasar los límites del derecho penal, se hace necesario que nos ubiquemos en el apartado 41 en el número 3 de la extraordinaria obra Derecho y Razón de Ferrajoli, al permitirme hacer unas pinceladas de lo dicho por al autor para poder tomar una posición. En efecto:

i) Con relación a la verdad, no es la **monologante**, además absoluta o sustancial, perseguida por el proceso inquisitivo; sino por el contrario la perseguida por el proceso acusatorio es concebida como relativa o formal, y no es **monologante** ya que se adquiere corno en cualquier investigación empírica, a través del "procedimiento de ensayo o error".

ii) En el proceso inquisitivo, la actividad probatoria se le confía al juez, quien es al mismo tiempo acusador; en cambio en el proceso acusatorio dice el autor textualmente lo siguiente: "*la principal garantía de* ***su obtención se confía a la máxima exposición de las*** *hipótesis acusatorias a la* ***refutación de*** *la defensa, es decir,* ***-al*** *libre desarrollo del conflicto entre las dos* ***partes del proceso portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente son titulares de intereses*** *opuestos*"[152]. (Las negrillas son mías).

iii) El conflicto del proceso acusatorio, obliga que el primer movimiento sea dado por la acusación, ya que el justiciable está asistido por la presunción de inocencia, y, por consiguiente, la prueba en contrario la debe suministrar quien la niega y quien ha formulado la acusación,

[151] FERRAJOLI, Luigi, Ob. Cit., Págs. 567 y 610.
[152] FERRAJOLI, Luigi, Ob. Cit., Pág. 94.

iv) Por la rígida separación de papeles de los actores del proceso, impide que esa carga pueda ser asumida por otros sujetos y dice textualmente: ***"ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas"***[153]**.** Afirmado que lo mismo sucede con el acusador a quien le están vedadas las funciones de enjuiciamiento. Y esto, según el autor lo diferencia del proceso mixto "*donde el ministerio público forma las pruebas y decide sobre la libertad personal del imputado y el juez instructor tiene, a su vez, poderes de iniciativa en materia probatoria y desarrolla de hecho las investigaciones con ayuda de la acusación*"[154]

Conclusión: Ferrajoli con relación a su diseño ha dicho: "*Se trata de **un** modelo limite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible*". No obstante, ello no es base para afirmar que puede tener el juez poderes para decretar pruebas de oficio, sin que se deje de pertenecer al modelo concebido por Ferrajoli, pues ello derivaría a que el proceso no sea acusatorio, sino inquisitivo. Se podrían enunciar algunas razones para confirmar esta aseveración:

i) El dominio de la prueba (por decirlo en alguna forma) corresponde a las partes: acusación y defensa.

ii) El juez no ha participado en la indagación, ni en la investigación, luego no tiene ni ha tenido compromisos de tipo psíquico con la búsqueda de las pruebas.

iii) La necesidad de decretar pruebas de oficio surge de las audiencias que tienen que ver con la postulación de lo ya averiguado por otros funcionarios y en los cuales, si bien no ha participado el juez, ello no es óbice de que su intervención desvirtúe su imparcialidad.

iv) El juez aquí ya no se muestra imparcial, que es de lo que de él se demanda: Si bien no tiene intereses particulares en el proceso, se contaminaría por la búsqueda de la prueba. El hecho de no haber participado en la etapa investigatorio, no justifica su oficiosidad. Si bien es cierto, que no hay un ser humano que tenga su racionalidad en blanco frente a un acontecimiento y mucho menos un juez, siempre tendrá una hipótesis, el hecho de determinar determinadas pruebas de oficio que laceren el equilibrio de las partes en el proceso, le hace perder su imparcialidad, porque estaría

[153] Ibídem
[154] Ibídem

objetivizando su propia hipótesis con lo que se incurriría en una condición caótica y donde la racionalidad no podría operar.

v) Pero si las argumentaciones anteriores, no son suficientes, es bueno recordar que en la concepción garantista, el mayor cognoscitivismo, le quita área al decisionismo y la providencia tiene mayor legitimidad. Se argumenta en contrario que la prueba de oficio arroja luz, y por lo tanto, habrá crecido el conocimiento y la decisión tendrá mayor legitimidad, en cambio se habrá perdido la objetividad del Juez y su imparcialidad vicia el proceso, pues las partes se ven afectadas en el ejercicio de su derecho de contradicción.

vi) No permitir que el juez decrete pruebas de oficio sería una fórmula ideal que restituiría al espíritu del derecho procesal penal toda su fuerza y legalidad, como lo he afirmado anteriormente. Y ello, al contrario de lo que sostienen los que se aferran aún a los vestigios del viejo y arcaico modelo inquisitivo, **no es obligar al juez** que decida sin el conocimiento necesario que hubiera podido lograr con el decreto aludido, sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con el garantismo, el método que se sigue para evaluar las pruebas es rigurosamente inductivo y pensando siempre en la motivación. Este itinerario lo puede desarrollar el juez de forma rigurosa y si tiene vacíos cognoscitivos, ello no justifica su intervención oficiosa en el proceso, pues así lo ha diseñado el propio modelo basado en el garantismo. No obstante, dentro de esta línea a pesar de su posición contraria, es interesante lo que señala Perfecto Ibáñez [155] quien señala:

"Pero la prueba no pertenece al mundo del psiquismo, en que las cosas ocurren, sino que, en la perspectiva del juez, es un proceso de adquisición de conocimiento, que éste debe pilotar de forma consciente, es decir, con criterio racional y para hacerlo discurrir en todo su itinerario por los cauces de lo justificable, es decir de todo lo que es susceptible de motivación. En este planteamiento, que, obviamente, no es jurídico, pero sí el único que permite acceder a una verdad de calidad sobre un hecho que se presenta como incierto, los enunciados fácticos deben ser asumidos por el juez en calidad de hipótesis, para operar con ellos en consecuencia. Esto es, tratando de

[155] IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: teoría crítica de la jurisdicción. Editorial Trotta, 2005, pág. 69.

evaluar racionalmente su eficacia explicativa a la vista de lo que resulte de las distintas aportaciones probatorias. De manera que los sucesivos pasos del discurso sobre la prueba, a los largo del proceso decisional, sean conscientemente asumidos como otros tantos estadios o momentos de un conocimiento en curso de evolución. Sobre esta base, el deber de motivación en materia de hechos se concreta en la justificación de una inducción, que sí vierte al exterior como actividad de realización ex post, es decir, a partir de la adopción de la decisión, está dotada al mismo tiempo de una intensa virtualidad de método, que ha de operar ex ante, cubriendo todo el tratamiento del material probatorio y el proceso decisional".

X. CONCLUSIONES

Como primera conclusión podemos afirmar que efectivamente, esta facultad de naturaleza inquisitiva otorgada al Juez Penal, trasgrede de forma notoria el principio de imparcialidad que debe poseer dentro del marco del modelo acusatorio. Se trata, en ese sentido, de un rezago inquisitivo que se ha reciclado dentro del Nuevo Código Procesal Penal con el propósito de mantener todavía la figura de un Juez activo en la investigación y, por ende, desequilibrante de la relación de equidad que debe darse entre las partes. La violación de este principio de imparcialidad que es esencial del modelo acusatorio - adversarial, pervierte, desnaturaliza y arrastra el serio riesgo de regresionar al modelo inquisitivo, pues se trata de un mal ensamblaje. Es falso el criterio de la mixtura de sistemas, pues a mi modesto entender, no se puede pretender soluciones eclécticas, más aún cuando lo que se busca es la verdad, pero no la verdad a costa de lesionar los derechos del imputado.

En segundo lugar, podemos afirmar que un Juez Penal que asume tareas investigativas de naturaleza "suplementaria" mediante la oficiosidad del requerimiento de nuevos "medios probatorios", usurpa esta función que es netamente del Ministerio Público. La prueba de oficio vista así, desplaza en los hechos al accionar del Ministerio Público y lo conduce a una situación de espectador de los acontecimientos del proceso penal, con la consiguiente incertidumbre sobre la utilidad o no de dichas pruebas y, sobre la forma que éstas van a incidir sobre la sentencia. En resumen, un elemento contradictorio dentro del mismo Código Procesal que pone sobre el tapete la verdadera tendencia que sigue este Cuerpo Legal.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO ARANA, Pedro, "LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL" en Actualidad Jurídica Editado por la Gaceta Jurídica, Junio 2008

- ANZINI, Vincenzo, citado por LEVENE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993

- ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio* y *Derecho de defensa en el proceso penal,* Estudios Trivium, Madrid, 1991, p. 25. Véase también GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal,* Editorial Colex, Madrid, 1997.

- BARRIENTOS PEILECER. César, Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995

- BERMÚDEZ OCHOA: "Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal", en "Cuestiones de Derecho procesal penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Nº 6, Madrid, 1994.

- BINDER A., "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Reformas procesales en América Latina* (La oralidad en los procesos), Pontificia Universidad Católica, Santiago, 1993.

- BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal,* 2a ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999[1] VELEZ MARICONDE (A.), *Derecho procesal penal,* t. I, p. 314 y t. II, p. 201, citado por CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal,* 4a ed., Depalma, Buenos Aires, 2001

- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998

- COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil,* 3a ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987

- DE LA OLIVA y otros: "Derecho procesal penal", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993
- FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón Teoría del garantismo penal, Editorial trotta, Madrid, 1995
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del garantismo Penal, Editorial Trotta, Madrid 1995
- FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho procesal penal.* 'Bosch casa editorial, Barcelona, 1994
- GARDERES, Santiago y VALENTÍN, Gabriel. *Bases para la reforma del proceso penal. Montevideo*, Konrad Adenauer Sitftung, 2007
- GRAU, VERGÉ. *La defensa y el imputado y el Principio acusatorio.* L.M. Bosch Editor, S.A. 1994
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: teoría crítica de la jurisdicción. Editorial Trotta, 2005
- MANZANA LAGUARDA, M.: "Los principios del proceso penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Nº 6, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A, "La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio", ed. Comares, Madrid, 1994.
- MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional,* cit., 1.1, p. 337.
- PARRA QUIJANO. Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, Editorial ABC, Bogotá 2007
- PUYOL MONTERO y A. ILLESCAS RUS, *Cuestiones de inconstitucionalidad: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993

- RAMOS MÉNDEZ (F.), *El Proceso Penal. Tercera Lectura Constitucional,* Bosch, Barcelona, 1993.

- SENTÍS MELENDO S., *La prueba,* Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1990.

- SHÖNE, Wolfang Líneas Generales del Proceso Penal Alemán, Comisiones Rogatorias, Material de Apoyo del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Guatemala 1995.

- SUPERTI, Héctor. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial Juris, 1998,

- VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* La Ley, Madrid, 1993

- ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El -proceso penal y sus problemas.* Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. 1957

EL PERFIL DE LA MUJER EN LA VIOLENCIA BAJO LA REALIDAD PERUANA

Por: ROCIO DEL CARMEN PAZ MEJIA

Fiscal Adjunta provincial de la Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Mariscal Cáceres

Sumario: **I**. Introducción, **II.** La Mujer Como Víctima de la Violencia Doméstica, **III**. Perfil de la Mujer Víctima de Violencia Doméstica, **IV**. El Síndrome de la Mujer Maltratada, **VI**. La Cultura Machista Imperante en el Perú, **VII.** El Indignante Caso de la Mujer Quemada: Elizabeth Alanya **VIII.** Conclusiones, **IX**. Bibliografía.

Un análisis social, cultural y antropológico del perfil de la mujer en la violencia familiar en nuestro país; un enfoque que trata de captar la atención en una preocupante problemática que requiere respuestas inmediatas.

I. INTRODUCCIÓN

El *Informe mundial sobre la violencia y la salud* realizado por las NN.UU. en el año, 2002[156], reveló que una de cada tres mujeres en el mundo ha sido víctima de violencia doméstica. Esto confirma que la violencia doméstica es un fenómeno social tanto en sociedades del primer, como del segundo y tercer mundo.

[156] Disponible en http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/Violencia_2003.htm

Por lo que respecta a la terminología más en uso son frecuentes los términos violencia doméstica, maltrato conyugal, maltrato de esposa, esposa maltratada o esposa abusada, para referirse al complejo fenómeno de la violencia física, psicológica, emocional y sexual que recibe la mujer en la relación de pareja. El hombre también puede ser víctima de violencia doméstica, pero la información recogida al nivel mundial evidencia que más del 80% de los casos registrados de violencia doméstica se producen contra la mujer.

En nuestro país, el perfil de violencia contra la mujer no podía escapar de esta tendencia, más aún tratándose de un país sumido en una cultura machista donde la mujer, a pesar de los avances logrados en cuanto al reconocimiento de sus derechos y su igualdad con el hombre, siempre constituye el género débil sobre la que recae los atavismos antropológicos y culturales de un país acostumbrado a que el hombre, como expresión de virilidad y dominio, avasalle a la mujer aún a costa de la violencia y hasta del propio asesinato.

De esta forma, por ejemplo, informe nacional sobre feminicidio de CLADEM-Perú, elaborado por CMP Flora Tristán y Demus, arroja que entre enero 2004 y julio 2007, 403 mujeres fueron asesinadas en varias regiones del país, con un promedio de 9 mujeres por mes1. En el mismo período, 306 mujeres sufrieron atentados que puso en peligro su vida, 7 por mes. Sólo en el 2007 hubo 68 víctimas de las cuales 30 salvaron de morir.[157]

Las tasas de agresiones de diversa naturaleza son muy elevadas representan una de las mayores preocupaciones por parte del Estado en cuanto a buscar mecanismo de control para refrenar esta tendencia. Es así, por ejemplo, que la violencia familiar se ha criminalizado al incluirla como tipo penal dentro del Código respectivo. Por otra parte se ha intensificado el desarrollo de instituciones, tanto públicas como de ONGs y asociaciones, que están orientadas a proporcionar a las mujeres víctimas de la violencia, formas de ayuda que les sirva para superar su condición de víctima.

En este artículo intentaré explicar, tanto desde un aspecto jurídico como antropológico y médico legal todos estos aspectos que constituyen, a mi

[157] Tomado de www.flora.org.pe/pdfs/Feminicidio.pdf -

entender, en una dramática realidad que requiere urgentes respuestas por parte de la sociedad. No se trata solamente de dar leyes o crear programas de ayuda. Lo que se debe buscar es una nueva cultura; una revalorización de la mujer dentro del contexto social; de la familia, de la pareja, como esposa y como madre.

II. LA MUJER COMO VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Ser víctima de violencia en el hogar se gesta en la estructura y dinámica familiar y en la interacción de sus miembros. El estudio de la victimización familiar y conyugal ha tomado auge en el pasado y presente siglo. No se puede callar lo que es un delito.[158] La violencia doméstica es delito aunque existan ordenamientos jurídicos que no lo reconozcan como tal. Idealizar la vida familiar es un factor de riesgo para que ocurran incidentes de violencia doméstica porque se pueden estar formando alianzas conscientes o inconscientes con el maltrato hacia la mujer. Tanto la mujer como el hombre pueden ser víctima en la relación de pareja.

Estudios realizados evidencian que hay mujeres que inician los episodios violentos. Las víctimas de violencia doméstica pueden experimentar violencia física, sexual, psicológica, económica, estructural y espiritual. La violencia física se manifiesta desde bofetadas, empujones, quemaduras, mordeduras, estrangulamiento, puñaladas, mutilación genital, etc. La violencia sexual incluye actividades sexuales no consentidas, bromas sexuales, llamadas telefónicas ofensivas, participación forzada en pornografía, violación, etc. Tales actos pueden ser percibidos por las mujeres como degradantes y humillantes.[159]

III. PERFIL DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Los efectos físicos y psicológicos de la violencia contra la mujer en la relación de pareja son mucho más severos que en el hombre. Cuando se comparan las mujeres maltratadas en la relación de pareja con mujeres que no han recibido

[158] LORENTE AGOSTA, *M.;* LORENTE AGOSTA, J. A., *Agresiones a la mujer: Maltrato, violación y acoso,* edit. Comares, Granada, 1998, pág. 51

[159] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología,* edit. Espasa-Universidad, Madrid, 1988, pág. 154.

maltratos, las víctimas de violencia doméstica reportan el doble de dolores de cabeza, cuatro veces más el por ciento de síntomas de depresión y cinco veces y medio más intentos suicidas.[160] La probabilidad de suicidio aumenta en mujeres que se aíslan socialmente y no tienen redes sociales de apoyo. Los siguientes factores pueden acelerar comportamientos suicidas en mujeres víctimas de violencia doméstica: escalada de violencia y aumento de actitudes negativas del hombre golpeador, aislamiento social de la víctima, ausencia de redes de apoyo, pobre autoestima, aumento de síntomas psicosomáticos y sentimientos de impotencia para salir de la situación. Se informa que el 26% de los intentos suicidas que llegan a las salas de emergencias están vinculados a incidentes de violencia doméstica.[161]

Un gran número de éstas habían sido previamente golpeadas por su pareja. Una crítica a las salas de emergencias es que el personal no está debidamente adiestrado para identificar estos casos o que quizá el sistema de creencias del personal que brinda los servicios les impide identificar y reconocer que es un problema de violencia doméstica. Aparici, Colom y Sau[162] realizaron en el Perú, uno de los primeros estudios sobre la mujer víctima de violencia doméstica. El 59.40% de la muestra contaba entre 27 a 41 años de edad, un 95% estaba casada con el agresor y un 83.79% tenía de 2 a 4 hijos. El 7.07% era analfabeta, un 48.78 % sólo tenía estudios primarios y el 12.20% tenía estudios superiores. Un 62.18% informó experimentar palizas y el 73.58% recibía amenazas verbales. El 39% informó que los malos tratos comenzaron poco tiempo después de comenzar a convivir. Las víctimas reportaron que el factor alcohol (65%) estuvo presente en los incidentes. Para este grupo no se percibía que negarles dinero, prohibirles entrar y salir o hacer alusión de tener amantes fueran conductas de malos tratos.

IV. EL SÍNDROME DE LA MUJER MALTRATADA

[160] LORENTE ACOSTA, M.; LLORENTE ACOSTA, J. A., *Agresiones a la mujer: maltrato, violación y acoso,* edit. Comares, Granada, 1998.

[161] Fuente tomada de ECLAC: www.eclac.org/publicaciones/xml/1/10631/lcl1744e.pdf

[162] Citados por GARCÍA COELLO, Pablo, Violencia de Género en el Perú, tesis de Maestría, Universidad Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque 2009, Pág. 64.

La primera explicación teórica de naturaleza unicausal es el *síndrome de mujer maltratada*[163] que se caracteriza por una incapacidad de la mujer para responder efectivamente a los eventos de violencia por parte de su pareja. Como todo síndrome abarca un repertorio de características personales que se acrecientan a través del tiempo y que constituyen un obstáculo en la toma de decisiones que tienen como objetivo la protección de la propia vida de la mujer y la de los suyos. La mujer que experimenta este síndrome padece de una especie de parálisis física y mental para actuar. El miedo que ha vivido a lo largo de la relación de pareja la coloca en riesgo de perder la vida porque no acciona ni reacciona ante las amenazas del agresor.

Entre las características físicas más comunes del síndrome se pueden mencionar dificultad para dormir, ansiedad y fatiga emocional. Psicológicamente un 70-80% sufre de depresión. Socialmente se aíslan de sus familiares y amigos. A mayor experiencia de maltrato, mayor sintomatología. El síndrome se manifiesta de igual manera si la mujer permanece en la relación o si abandona el hogar y recurre a una casa de acogida (Gleason, 1993).

El síndrome puede confundirse durante un incidente de violencia con el acto de legítima defensa y viceversa, lo que jurídicamente exige un profundo estudio de los hechos.[164] En EE.UU., Lorena Bobbit tras cercenar el pene a su marido John Bobbit alegó que éste continuamente abusaba sexualmente de ella. Se describe el incidente como que ella esperó que éste se durmiera para bajar a la cocina por el cuchillo, regresó a la alcoba y cometió el delito.[165]

En el Perú, Marina González Román, por temor a las golpizas que recibía de su marido procedió a encerrarse en su habitación para descansar. De madrugada éste llegó en estado de ebriedad y le exigía que abriera la puerta. Cuando abrió la puerta se encontró que el esposo portaba un cuchillo y un martillo que amenazaba usar contra su persona. Informó Marina que forcejeó y durante el proceso, el esposo salió herido en el abdomen. Él se marchó y ella creyó que iba

[163] MEDINA, J., "Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar", en *Personalidades violentas. A.A.V.V.,* coord. ECHEBURÚA, E., edit. Pirámide, Madrid, 1994, pág. 156.

[164] MEDINA, J. Ob. Cit., pág. 157.

[165] Caso citado por BUSTOS RAMÍREZ, J.; LARRAURI PIJOAN, E., *Victimología: presente y futuro,* edit. PPU. Barcelona, 1999, pág. 81

a buscar ayuda en el hospital pero no fue así. En su ebriedad se fue a otra habitación donde se quedó dormido y murió por hemorragia. Marina estuvo confinada por cinco años. Durante la apelación se presentó el argumento de síndrome de mujer maltratada. Posteriormente la defensa logró que se revisara la evidencia, la cual fue utilizada pre enjuiciadamente por el fiscal de turno. La apelación prosperó a legítima defensa.[166] Marina González fue una víctima de violencia doméstica revictimizada por el sistema de justicia, que a causa de los prejuicios del fiscal contra las mujeres, estuvo recluida en prisión por el período antes mencionado. Es un hecho real que la mujer socializada en un régimen de género en el que prevalecen ideologías de carácter patriarcal adquiere una gama de valores en las que se considera el vínculo matrimonial, legal o consensual como sagrado, íntimo y privativo entre los contrayentes. Es *cuestión de matrimonio* se solía y se suele decir y por lo tanto, ni familiares, vecinos o gobierno intervenían o "deben" intervenir aunque la vida de la mujer y de los hijos se fuera en ello. Esto explica en parte por qué la mujer permanece en la relación de abuso. Pero también se plantea que si la mujer anticipa el abuso, el *distrés* psicológico que experimenta la imposibilita salir de la situación. A medida que la inseguridad e indefensión la invaden, más incapaz se percibe de hacer frente a la situación; esto es desvalidez o indefensión aprendida.

VI. LA CULTURA MACHISTA IMPERANTE EN EL PERÚ

En una cultura en la que se promueve la desigualdad fundamentada en las diferencias sexuales desde previo al nacimiento, hay mayor probabilidad de que se hostilice a la mujer y no se respeten sus derechos como persona. Una vez, la mujer deja de ser persona, se convierte en objeto de placer o esclava-ama de casa. Esta objetivización de la mujer es parte de los factores de predisposición en la violencia doméstica.[167]

La mayoría de las culturas del mundo han impuesto para el varón desafíos, pruebas y ritos para que continuamente muestre su hombría, virilidad y masculinidad. La hombría se refiere al arrojo que debe demostrar cuando enfrenta desafíos grandes, es no dar un paso atrás; la virilidad tiene que ver con

[166] Caso tomado del Expediente 4081-97 – San Martín

[167] Vega Centeno, Imelda "Imaginario femenino y tradición". Debate N. 59. Quito, Ecuador, agosto 2003, pág. 12.

su actividad sexual y capacidad de procrear y la masculinidad reúne un conjunto de comportamientos que lo hace distinguirse como varón. El varón se va formando en el tinglado de las expectativas de rol al igual que la mujer. La masculinidad, la forma aceptada de ser varón adulto en una sociedad concreta padece del *síndrome de dado por sentado.*[168] Su vigor, su fortaleza, su capacidad de liderato es algo que habrá de probar en todo tiempo. Al varón se le ha impuesto la condición especial de ser y hacer de hombre. Un varón afeminado puede ser aceptado, tolerado o repudiado de acuerdo a las creencias, valores y normas prevaleciente en la cultura.

La masculinidad hace referencia a una naturaleza intrapsíquica, a unos procesos de adaptación y a cómo se organiza la producción en una sociedad. A la masculinidad hay que conformarse aunque no se esté de acuerdo con ella, afirma RIQUEZ VILLAROEZ[169], quien, además, opina que la identidad masculina es *un problema, un rompecabezas, un enigma o un criptograma* sin descifrar. El problema es descubrir si la masculinidad es una estrategia de adaptación o un conflicto interno entre la psiquis del hombre y las exigencias culturales.

En el Perú, para un grupo de hombres, el hombre *es hombre y macho.* Es un hombre que entra a bares, ingiere bastante licor, pues mientras más licor ingiere, más macho es. Tiene que tomar la iniciativa para cortejar a una mujer (la iniciativa es característico de virilidad), ser un trabajador fuerte y procrear muchos hijos, esto es, tiene que *servir como hombre.*[170] En casa, lo primero que tiene que hacer es someter a la mujer con improperios y golpes; ello es parte de la exhibición de su virilidad. Lucir ante sus amigos que él tiene el control y que, si le da la gana, puede cambiar de mujer cuando él le plazca.[171]

VII. EL INDIGNANTE CASO DE LA MUJER QUEMADA: ELIZABETH ALANYA

[168] RIQUEZ VILLAROEZ, Eva, La realidad Nacional, Editado por la PUCP, Lima 2001, Pág. 147.
[169] Ibídem
[170] RIQUEZ VILLAROEZ, Eva, Ob. Cit., Pág. 152.
[171] Ídem.

A finales del mes de julio del presente año, un estremecedor caso de violencia familiar conmociono la opinión pública peruana. Se trata específicamente de Elizabeth Alanya, una humilde y abnegada esposa quien fuera victimizada por su pareja, Julio César Jaimes Salirrosas quien en un arranque de ira, producto de sus constantes riñas, le arrojó agua hirviendo produciéndole graves quemaduras que le desfiguraron el rostro.

De inmediato se gestó un fenómeno que refleja de cuerpo entero la idiosincrasia de la mentalidad del hombre peruano tradicional que ya mencionara párrafos arriba. Por un lado, el sistema jurídico reaccionó lenta y parcializadamente a favor del agresor quien, luego de algunos días en prisión, fue puesto en libertad por decisión del Ministerio Público quien le liberó al denunciarlo solo por lesiones leves.

Por otro lado, Elizabeth Alanya se ha convertido en un nuevo estandarte de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia familiar. Su caso, reflejo fiel del grado extremo al que puede llegar la violencia contra la mujer, vuelve a poner sobre la mesa de la discusión este tema y su drama personal es ahora el drama de miles de mujeres que comparten en común el mismo sufrimiento y, a la vez, la misma esperanza de que todo esto alguna vez llegue a su fin.

VIII. CONCLUSIONES

La familia es el círculo alrededor del cual nacen todas las relaciones interpersonales de los sujetos. Es donde se aprenden las normas básicas del comportamiento, y estaría bien saber hasta qué punto no sería lo mismo estudiar la violencia familiar y las reacciones ante otros conflictos menos específicos, ya que es en el "hogar" donde se inicia el aprendizaje de las respuestas ante las conductas de los otros.

El problema de los malos tratos en nuestro país late inmerso, desde nuestro punto de vista, en un problema no sólo jurídico sino principalmente educacional. Y esto es así porque las agresiones maritales o a otros miembros de la familia no persiguen otro objetivo que "imponer" la autoridad, una autoridad basada en la falta de respeto y en la ley del más fuerte.

Por todos es sabido que el sistema patriarcal ha amparado razones "irracionales" y ha protegido posturas indefendibles en muchas ocasiones. Las secuelas de todo esto las padece aún la sociedad actual, provocando forzadas justificaciones que, consciente o inconscientemente, actúan como promotoras de la agresividad. El Perú es un país con una cultura patriarcal, donde el hombre de la casa ejerce pleno dominio sobre la mujer, más aún en hogares con una realidad social más sujeta a estos patrones y que son, en su mayoría, en las zonas de la Sierra y de la Selva. Aún en los hogares de familias de inmigrantes provenientes de estas áreas y que se han asentado en las principales ciudades costeras, se puede apreciar nítidamente este perfil.

Dejando constancia de que la formación educativa es la mejor forma de luchar a priori contra el fenómeno objeto de este estudio, hemos de trasladarnos a un plano más real y preciso que lleva consigo analizar y encontrar soluciones para combatir a posteriori el problema de la violencia contra la mujer.

Nuestro deber es estimular a las víctimas a que exterioricen su problema, evitando que lo asimilen o canalicen por vías que irremediablemente las conducirán a una situación más traumática.

Por otro lado, hay que decir que, la denuncia en sí no conduce a ningún sitio si después no se produce un seguimiento del caso y una remisión no sólo a órganos judiciales, sino a instituciones encargadas de solucionar, en la medida de lo posible, estos supuestos.

Con respecto a los agresores, diremos que, estamos de acuerdo con la aplicación de terapias coactivas. Como ya se ha señalado anteriormente, según los resultados de la encuesta, las víctimas de violencia conyugal que optaron por denunciar, consideraron mayoritariamente como medida de corrección oportuna la terapia para el agresor. Por supuesto, también nos parecen esenciales las intervenciones preventivas orientadas a desarrollar programas terapéuticos encaminados al tratamiento del maltrato psicológico que casi siempre conduce al maltrato físico.

Por último, se debe asumir una respuesta conjunta de parte de la sociedad con respecto a esta problemática. No sólo es un tema de la mujer víctima reclamando por su condición. Es un problema que nos atañe a todos y que nos corresponde como tales, emprender las acciones más necesarias para poner fin a esta triste realidad de una vez por todas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, J.; LARRAURI PIJOAN, E., *Victimología: presente y futuro,* edit. PPU. Barcelona, 1999
- GARCÍA COELLO, Pablo, Violencia de Género en el Perú, tesis de Maestría, Universidad Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque 2009
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología,* edit. Espasa-Universidad, Madrid, 1988
- LORENTE ACOSTA, M.; LLORENTE ACOSTA, J. A., *Agresiones a la mujer: maltrato, violación y acoso,* edit. Comares, Granada, 1998.
- LORENTE AGOSTA, *M.;* LORENTE AGOSTA, J. A., *Agresiones a la mujer: Maltrato, violación y acoso,* edit. Comares, Granada, 1998
- MEDINA, J., "Perfil psicosocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar", en *Personalidades violentas. A.A.V.V.,* coord. ECHEBURÚA, E., edit. Pirámide, Madrid, 1994
- RIQUEZ VILLAROEZ, Eva, La realidad Nacional, Editado por la PUCP, Lima 2001
- VEGA CENTENO, Imelda "Imaginario femenino y tradición". Debate N. 59. Quito, Ecuador, agosto 2003

UNA RELECTURA SOBRE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Por: ROSEMARY ANA QUISPE MORI

Fiscal Adjunta Provincial Provisional de la 1° Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Judicial de Cañete

***Sumario*: I**.Introducción, **II**. Impugnación Doctrinal de la Presunción de Inocencia, **III.** La Presunción de Inocencia y El Aforismo "IN DUBIO PRO REO", **IV**. Conclusiones, **V.** Bibliografía

Un análisis doctrinal a la luz de las teorías que más exhaustivamente ha tocado el tema del principio de la presunción de la inocencia y una reflexión sobre su importancia dentro del modelo de un Estado de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 2, inc. 24, literal E, reconoce expresamente, entre las garantías fundamentales de toda persona sometida a un proceso, el derecho a la presunción de inocencia.

La ley fundamental se remite a ese derecho como si se tratase de un concepto conocido y establecido.

Ni las actuales leyes procesales vigentes ni Constituciones precedentes a la de 1979[172] se refirieron al derecho fundamental a la inocencia. No obstante que tal principio está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos[173], a tenor del artículo 11.1 que dice: *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*. Tal artículo devino en serias confusiones de naturaleza interpretativa.

Se entendía que se iniciaba una causa penal justamente porque se presumía la culpabilidad del imputado[174]. Se consideraba, la presunción penal referida en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789[175], poseía la misma categorización de presunciones establecidas en la vía civil, por lo que debía aceptarse como un hecho verdadero el acto imputado a una persona, sin necesidad de prueba.

Al redactarse la Constitución de 1979 para el Perú era una necesidad política y jurídica proclamar entre los derechos y libertades fundamentales, recogidos en el título I, el "derecho a la presunción de inocencia"[176].

Por chocante que pueda parecer, el derecho a ser presumido inocente ya regía en el Perú antes de promulgarse la Constitución. Su vigencia derivaba de que ese derecho estaba incluido en los convenios y pactos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país con anterioridad a 1979 y que tenían fuerza vinculante entre nosotros. De ahí procedía también la "necesidad política" de

[172] Art. 2, Inc. 20, S. F "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad."
[173] Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1978; aprobada en el Perú siendo Presidente Manuel Prado, mediante Resolución Legislativa Nº 13282, el 15 de diciembre de 1959.
[174] Constitución Política del Estado (1993) Artículo 2.24.E. "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".
[175] Una natural reacción al régimen del Santo Oficio de la Inquisición.
[176] El fundamento del *favor rei*, se tiene en los valores de la justicia y la equidad, y se arraiga en el criterio imperativo del debido proceso, esto es, en las garantías legales y constitucionales protectoras de la libertad individual y de los derechos de la persona humana. No puede faltar por ello en el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho vinculado a las corrientes doctrinarias que colocan al hombre como sujeto y no como objeto de derecho. LONDOÑO JIMENEZ, HERNANDO; "Tratado de Derecho Procesal Penal. De la Captura a la excarcelación". Ed. Temis, 3 Edición. Santa Fe de Bogotá. 1993, p.264.

incorporar al texto constitucional los preceptos de esas convenciones internacionales sobre derechos y libertades fundamentales.[177]

II. IMPUGNACIÓN DOCTRINAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Tan pronto como en la doctrina moderna (penal y procesal) comenzó a hablarse de ese derecho de todos los sospechosos o imputados a ser tenidos como inocentes, surgieron voces contrarias al reconocimiento de tal derecho. Voces distintas e incluso muy autorizadas. Razones ideológicas o políticas confluyeron con argumentos técnicos, a veces de indudable peso.

1. Argumentos de los penalistas FERRI y GAROFALO, de la "Escuela positiva", contrarios a la presunción de inocencia.

a) Los positivistas italianos reaccionaron contra lo que consideraron "exageraciones del principio in dubio pro reo". Y contra lo que creían una manifestación específica de dicho principio, la "presunción de inocencia", alzó su voz el principal representante de la Escuela, el penalista Enrico FERRI**, quien** defendió introducir una serie de reformas en el enjuiciamiento criminal necesarias para superar la "bancarrota de los sistemas penales clásicos" e instaurar una Justicia penal eficaz. Para ello propuso establecer (entre otras premisas) el equilibrio entre los derechos y garantías del individuo que debe ser juzgado y la sociedad que debe ser protegida:

> *"para obviar las exageraciones del individualismo, introducidas por la escuela clásica, sin distinción entre delincuentes peligrosos y no peligrosos, atávicos y evolutivos".*[178]

[177] "…Que, debe señalarse que la limitación de la detención judicial tiene como principales fundamentos el derecho de presunción de inocencia, que se podría ver enormemente afectado si la detención pudiera mantenerse todo el tiempo que durara el proceso, y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que exige que los procesos se desarrollen y celebren en un plazo que puede considerarse razonable, normas contenidas, respectivamente, en el Artículo 2º, inciso 24), literal «e» de la Constitución Política, y en el Artículo 9º, tercer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". (Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. Nº 1130-99-HC/TC).

[178] FERRI, ENRICCO, *La Escuela de Criminología Positiva,* Nueva Traducción del original de 1901, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 2002, Pág. 54.

En, relación con este, postulado los positivistas (FERRI, GAROFALO, COSENZA)[179] combatieron la presunción de inocencia del reo y la regla de resolver la duda a su favor, junto con otras notas del proceso penal de signo clásico o liberal, como parte de su programa de defensa social.

Reconoce FERRI que aunque en la afirmación de la presunción de inocencia "hay un fondo de verdad", tal presunción debe reconocerse "no en favor de todos los delincuentes sino sólo respecto de algunos"[180]. Así, por ejemplo, no debería reconocerse en los casos de delitos flagrantes o cuando el reo esté confeso y su confesión confirmada. Ni para los delincuentes reincidentes y peligrosos. Con la misma filosofía defendieron los positivistas que debería suprimirse el privilegio de que el condenado siga en libertad mientras se sustancian los recursos de apelación o de casación, porque a lo más que podría llegarse es a admitir su presunción de inocencia mientras la causa se instruye y hasta que se le juzga pero no después de la sentencia de condena.[181]

b) Los planteamientos de la Escuela positiva se refutan con sólo observar su incompatibilidad con un Estado de Derecho, como los que hoy definen a la Europa occidental y en Iberoamérica (Estados democráticos de Derecho). En todos ellos se afirman y reconocen como derechos fundamentales los incorporados a la Convención Europea, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, según el desarrollo jurisprudencial de dichos Tribunales. Derechos que se proclaman y reconocen a "todos los ciudadanos" sin exclusión y sin las distinciones entre delincuentes que proponían los positivistas.

De otra parte, el "peligro político" del positivismo consistió curiosamente en que sus argumentos fueron utilizados y sirvieron a los regímenes totalitarios que dominaron en la Europa de las entreguerras mundiales.

[179] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Omeba, Buenos Aires 1998.
[180] FERRI, ENRICCO, *Ob. Cit.*, Pág. 55.
[181] En su exclusivo afán de lograr una Justicia penal eficaz en la defensa de la sociedad, los positivistas no dudan en retroceder siglos de civilización jurídica para propugnar la reintroducción de la "absolución en la instancia" para "autorizar un nuevo proceso por el mismo hecho cuando se presenten nuevas pruebas", debiendo admitirse junto con los pronunciamientos de absolución y de condena el del *non liquet o not proven* para los casos en que el tribunal no pueda salir de la duda.

En nuestros días es indefendible cualquier modelo penal o de proceso penal donde la libertad sucumba ante la autoridad. La "Justicia penal eficaz" que se reclama es aquélla que haga compatibles las exigencias de la adecuada y proporcionada represión punitiva mediante un proceso penal dotado de las necesarias garantías para que no perezcan los derechos y libertades fundamentales. Ante estas exigencias actuales, los postulados de la Escuela positiva son anacrónicos, pura anécdota doctrinal del pasado.

Mucho más importantes han sido los argumentos procedentes de penalistas y procesalistas, en un plano dogmático y técnico.

2. Argumentos de BETTIOL en un plano dogmático y técnico.

a) El gran penalista, en un primer estudio dedicado a la regla in dubio pro reo, excluye que dicha afirmación pueda tener incidencia en la interpretación de la ley penal y se pregunta si puede referirse a la valoración de la prueba. Para ello alude a la "presunción de inocencia" y transcribe la opinión de FLORIÁN según el cual "la debatida presunción de inocencia vendría consagrada allí donde se encuentre establecido el principio in dubio pro reo", negando BETTIOL que esa "presunción de inocencia" exista.

> *No existe tal presunción como praesuntio hominis porque la experiencia demuestra que la mayor parte de imputados resultan declarados culpables. Puede afirmarse que la experiencia enseña lo contrario a lo que afirmaría la presunción, por lo cual está mal podría fundarse en aquélla. Tal "presunción" no existe tampoco como praesuntio legis porque en el ordenamiento jurídico (italiano) no existe norma alguna que obligue al juez a sobreseer o a absolver en el caso de duda sobre el resultado de las pruebas.*[182]

Por otra parte, la regla in dubio pro reo no constituye tampoco una regla legal sobre la prueba, por lo cual el juez no tiene una obligación legal de

[182] BETTIOL, GIUSEPPE, Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2003, Pág. 75.

atenerse a ella. La famosa afirmación viene a expresar un deber moral más que un deber jurídico propiamente dicho. Para el ilustre penalista italiano donde la regla in dubio pro reo despliega sus efectos es en relación con la carga de la prueba. En el proceso penal no puede hablarse de una "carga formal" de la prueba como en el proceso civil, pero a la expresión "carga de la prueba" puede atribuírsele un "contenido sustancial". El juez en cualquier proceso penal, incluso el dominado por la máxima inquisitiva, puede encontrarse ante situaciones de duda, de modo que con la utilización de esa regla pueden resolverse los supuestos de incertidumbre en cuanto a los resultados de la prueba, para atribuir el riesgo de inexistencia de prueba al órgano de la acusación y no al imputado.

b) **BETTIOL** ha insistido en un segundo trabajo, dedicado a las presunciones en el proceso penal, en que en orden a la presunción de inocencia debe distinguirse el aspecto político del aspecto jurídico. Si políticamente puede admitirse la existencia de una presunción de inocencia jurídicamente tal presunción no tiene la menor consistencia, la cual no puede derivar nunca del principio in dubio pro reo.

c) Una vez promulgada la Constitución italiana, con su formulación intermedia o negativa de "no presumir culpable" al ciudadano sometido a juicio, BETTIOL, partiendo ahora del principio del favor reo que inspira el diseño de todo el proceso penal moderno, BETTIOL reconoció que dicho principio cardinal debe ser reproducido y concretado en sus aplicaciones particulares, una de las cuales es (indudablemente) la presunción de inocencia.

3. Argumentos de MANZINI.

a) MANZINI ha sido el gran impugnador de la denominada "tutela de la inocencia en el proceso penal" y de "la pretendida presunción de inocencia" en favor del imputado.

En cuanto a la tutela de la inocencia sostiene MANZINI que es erróneo sostener que esa tutela sea un interés protegido por las normas reguladoras del proceso penal. No es verdad que el proceso penal certifique siempre la inocencia en los casos en los que no afirma la culpabilidad. No ser reconocido culpable no equivale a ser reconocido como inocente. De otra parte, la declaración de la inocencia sólo está contemplada por la ley para ciertas hipótesis muy concretas. Por otra parte, argumenta MANZINI**:**

> *"no es cometido propio del proceso penal declarar o proclamar la inculpabilidad del imputado, sino sólo comprobar si concurren o no las condiciones para castigar".*[183]

En cuanto a "la pretendida presunción de inocencia", nada le parece a MANZINI más burdamente paradójico e irracional. Tal presunción choca con el arresto y la prisión cautelar del sospechoso. Si se le presume inocente no se explica cómo se le detiene y encarcela.

Por último, el derecho de defensa del imputado nada tiene que ver con la presunción de inocencia. Que el derecho de defensa sea inviolable en todo estado y grado del procedimiento no significa que el imputado tenga que ser considerado como inocente.

Concluyendo su argumentación MANZINI afirma que la llamada presunción de inocencia en realidad es sólo una "ficción". La crítica de MANZINI influyó en la discusión del texto de la Constitución italiana y en la fórmula de compromiso adoptada en el Art. 27. Previamente había influido en la redacción del código de procedimiento penal.

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL AFORISMO "IN DUBIO PRO REO"

[183] MANZINI, VINCENZO, TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo II, Editorial Jurídica Bosch, Barcelona 1965, Pág. 214

Se plantea la duda de si la presunción de inocencia coincide con el viejo aforismo in dubio pro reo. MANZINI mantuvo en este punto la tesis ya adelantada por FLORIAN de la identidad o confusión entre una y otra figura.

"Tanto el principio de presunción de inocencia como el *indubio pro reo* son manifestaciones del *favor rei"*[184], pues ambos inspiran al proceso penal de un Estado democrático y su actuación de éstos se realiza en diversas formas".[185]

Sin embargo muchas veces la presunción de inocencia, bajo una inexacta interpretación ha sido aplicable sólo ante la duda, es decir bajo el *indubio pro reo*, es por ello que me permito hacer algunas aclaraciones al respecto.

El *indubio pro reo* actúa como norma de interpretación. La Constitución de 1993 en su artículo 139.11, dice: *"la aplicación de lo más favorable al rei en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"*; igualmente dicho postulado es recogido por el artículo 6º del Código Penal. Así, debe aplicarse el principio del *indubio pro reo* donde exista duda acerca de la culpabilidad del acusado.

Según esta posición, el núcleo del derecho constitucional a la inocencia viene suministrado por el llamado "principio pro reo".

La confusión viene propiciada porque tanto la llamada presunción de inocencia como el denominado principio pro reo son emanaciones del principio fundamental favor rei, que inspira el proceso penal moderno. Y ello explica que en la jurisprudencia se haya manifestado esa confusión de ambos conceptos.

Sin embargo, y sin negar las proximidades entre ambos conceptos es necesario señalar las diferencias. Ello es importante para no ver en la proclamación constitucional de la presunción de inocencia una especie de duplicado inútil del viejo principio "in dubio pro reo".

[184] CATACORA GONZÁLES, MANUEL; "De la Presunción al principio de inocencia"; en VOX JURIS, Revista de Derecho Año 4 Lima, 1994, p.121 ss.

[185] El fundamento del *favor rei*, se tiene en los valores de la justicia y la equidad, y se arraiga en el criterio imperativo del debido proceso, esto es, en las garantías legales y constitucionales protectoras de la libertad individual y de los derechos de la persona humana. No puede faltar por ello en el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho vinculado a las corrientes doctrinarias que colocan al hombre como sujeto y no como objeto de derecho. LONDOÑO JIMENEZ, HERNANDO; "Tratado de Derecho Procesal Penal. De la Captura a la excarcelación". Ed. Temis, 3 Edición. Santa Fe de Bogotá. 1993, p.264.

La "duda" es un estado psicológico en que se encuentra el juzgador. Por eso es difícil de traducir al exterior y todavía más difícil es controlar o fiscalizar ese estado psicológico mediante los recursos.

El juez o tribunal muchas veces puede tener su conciencia atormentada en ese mundo tenebroso de la duda. Pero cuando sale de ella, tanto si es para absolver como para condenar (y aún más en este segundo supuesto) la sentencia se reviste de certeza jurídica. Por otra parte, dada la fórmula legalmente establecida para las sentencias penales y tal como se ha venido aplicando en la realidad procesal, es imposible apoyar un recurso contra la sentencia que ante un estado de duda interna o psicológica condena no obstante al acusado.

El axioma in dubio pro reo es una regla del juicio que aconseja al juez o tribunal que conceda al reo el beneficio de la duda. Pero es una regla no formulada en ley alguna. Es más bien una regla moral o consejo del legislador al juzgador.

Para que el llamado "principio pro reo" pudiese operar como salvaguardia de la inocencia sería necesario que los tribunales motivasen exhaustivamente sus sentencias de tal modo que en ellas hiciesen constar con todo detalle las circunstancias que conducen a la situación de duda para ver como sale de ella el juzgador en cada caso. Sólo así podría plantearse por el justiciable el problema de la "duda razonable" que el juez o tribunal "debió tener" la cual "debió resolver" en favor del rei. Por supuesto, para ello sería también necesario que el criterio de la "íntima convicción" se entendiese y utilizase como debe ser, es decir, como una convicción objetiva y razonable y no como equivalente a "una libertad omnímoda del tribunal sin más freno que su propia conciencia".[186]

De ahí que sea muy difícil o imposible convertir la regla pro reo en un derecho reclamable y no se diga para convertirlo en un derecho fundamental incorporado al sistema de libertades de la Constitución.

Por eso la jurisprudencia ha acabado por diferenciar ambos "principios":

[186] SÁNCHEZ VELARDE, PABLO; "Comentarios al Código Procesal Penal; Edit. IDEMSA, Lima, 1994; p. 102.

> *"tal principio (del in dubio pro reo) no resulta confundible con el art. 24,2, de nuestra Constitución (Se refiere a la Constitución española), que crea en favor de los ciudadanos el derecho a ser considerados inocentes mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción; el in dubio pro reo se dirige al Juzgador como 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 sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá por humanidad y por justicia absolvérsele; con lo cual mientras el primer principio se refiere a la existencia o no de prueba que lo desvirtúe el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración probatoria" (STS 31 de enero de 1983).*

Puede concluirse que, aunque desde luego el axioma pro reo está de alguna manera embebido en la presunción de inocencia, uno y otro tienen un área de actuación no del todo coincidente y puede defenderse la convivencia de ambos en el plano teórico. La presunción protege al justiciable frente al "vacío probatorio". El principio pro reo lo protege incluso ante una situación de "duda razonable". La dificultad estriba en que no existen cauces procesales habilitados para reclamar (sobre todo en trámite de casación) si el justiciable entiende que la duda (que debió existir) no ha sido resuelta a su favor. De ahí que, en la práctica, una vez proclamada la presunción constitucional de inocencia apenas se invoca el tradicional y clásico aforismo.

IV. CONCLUSIONES

- El principio de presunción de inocencia es fundamental dentro del marco garantista de un Estado de Derecho. Se incardina dentro del principio de legalidad y se hace génesis misma de las sanas relaciones colectivas que debe poseer el Estado entre sus ciudadanos. La desconfianza, la incertidumbre y la sospecha son manifestaciones contrarias que sólo emergen en Estados autoritaristas y policiacos.

- La negación o la simple trasgresión de este principio, conduce irremediablemente a que el Estado pierda legitimad antes sus ciudadanos y se convierta en un ente represor y castigador de cualquier comportamiento, sea este acorde o no con la Ley.

- Defender este principio es fundamental para todo ciudadano y, más aún, para todo hombre de derecho que se precie de serlo. Allí radica precisamente la propia esencialidad de su labor y de su función social.

- No obstante estos argumentos a favor de este principio, existen límites que se dan dentro ya del proceso, pero que tienen que ser meticulosamente ajustados a los delicados balancines institucionales que se han diseñado, precisamente, para, aún dentro de esta realidad, mantener incólume este principio hasta la propia declaración de culpabilidad que pueda hacer la jurisdicción al respecto. Mientras tanto, este blindaje jurídico debe mantenerse firme ante las arremetidas de las propias presiones del ius puniendi del Estado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- **BETTIOL, GIUSEPPE**, Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2003

- **CATACORA GONZÁLES, MANUEL**; "De la Presunción al principio de inocencia"; en VOX JURIS, Revista de Derecho Año 4 Lima, 1994.

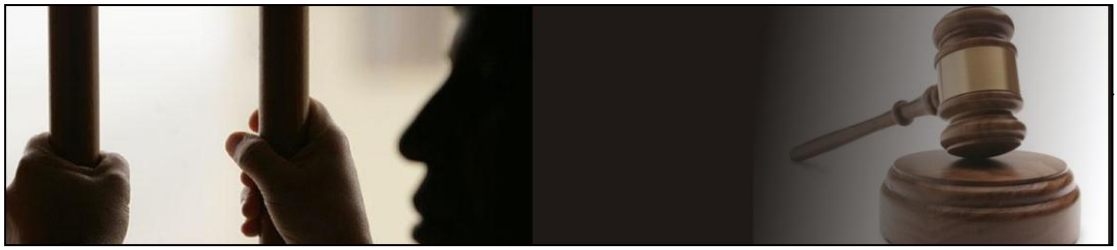
- **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**, Editorial Omeba, Buenos Aires 1998.

- **FERRI, ENRICCO**, *La Escuela de Criminología Positiva,* Nueva Traducción del original de 1901, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 2002

- **LONDOÑO JIMENEZ, HERNANDO**; "Tratado de Derecho Procesal Penal. De la Captura a la excarcelación". Ed. Temis, 3 Edición. Santa Fe de Bogotá. 1993, p.264.

- **MANZINI, VINCENZO, TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL,** Tomo II, Editorial Jurídica Bosch, Barcelona 1965

- **SÁNCHEZ VELARDE, PABLO**; "Comentarios al Código Procesal Penal; Edit. IDEMSA, Lima, 1994



PRISIÓN PREVENTIVA Y ESTADO DE DERECHO

Por: MARINA SALAZAR RUIZ

Fiscal Provincial, de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de la Provincia de Lamas

Sumario: **I**. Introducción, **II**. Los Objetivos de la Prisión Preventiva, **III**. Fundamentos, **IV**. Prisión Preventiva y el Principio Constitucional de Presunción de la Inocencia, **V**. Vicisitudes Constitucionales de la Libertad Personal, **VI**. La Libertad Personal del Imputado, **VII**. Conclusiones, **VIII**. Bibliografía.

Una visión analítica sobre las implicancias de la prisión preventiva dentro del marco garantista de la Constitución y de los fundamentos democráticos del propio Estado de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

El estado natural del hombre es el de libertad. No es inconveniente esta afirmación en el marco actual, donde imperativos legales y profesionales nos facultan a privar de libertad a nuestros vecinos. De ahí que la afirmación adquiera, en su comprensión última, una dimensión muy especial. La privación de "un derecho natural" ha de estar presidida por una cobertura legal rigurosa y completa, lo que, como enseguida habrá de verse, no se da. Pero, además, dicha cobertura legal debe responder a principios democráticos sólidamente asumidos, lo que, como se verá, a menudo no sucede.

Decía Grossel, refiriéndose a la prisión preventiva, que "*está situada en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber también estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por otro*"[187]. Y de ahí que el mismo Carrara**[188],** tachara de "inmoral" la prisión preventiva en cuanto recae sobre una persona todavía no declarada culpable.

Nuestra Constitución de 1993 enuncia la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico al establecer en su Art. 2, inc. 24 que:

> "Toda persona tiene derecho: (...)
> A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...)
> b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. (...)
> f) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito".

La privación en mayor o menor medida, por mayor o menor tiempo, de esa libertad habrá de afectar, consecuentemente, no sólo a un derecho individual, sino incluso a un elemento estructural del Estado de Derecho.

Ahora bien, el término libertad que usa así la Constitución es multívoco, pudiendo comprenderse en el concepto todo un cúmulo de atribuciones inherentes a la persona para su completa realización como tal: libertad de opinión, libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad de información, etc. etc. Aquí vamos a ceñirnos al concepto más primario de libertad: la libertad de movimientos, la libertad ambulatoria; la libertad de permanecer en un sitio determinado y de trasladarse de un lugar a otro.

Dentro de ese contexto, la prisión preventiva es la medida coercitiva de naturaleza personal de mayor magnitud que prevé nuestro sistema jurídico procesal penal. Su objetivo fundamental se sitúa en privar la libertad personal

[187] Citado por FERRAJOLI, L., y ZOLO, D., «Marxismo y cuestión criminal», en Ferrajoli, L., y Zoló, D., Democracia autoritaria y capitalismo maduro, El Viejo Topo, Barcelona, 1980, pág. 22.
[188] FERRAJOLI, aunque rechazando que tal calificación sea aplicable a la actual justicia de vigilancia penitenciaria italiana, se hace eco de lo dicho por Francesco CARRARA, quien después de haber expresado su "repugnancia en admitir que un sanedrín de esbirros asalariados por un gobierno tuviera derecho de hacer ineficaces las sentencias de los jueces", habló del poder de éstos como de un "poder secreto que actúa en la sombra" y concluye FERRAJOLI: "pero esto no cambia la naturaleza arbitraria de su poder", *ob. cit.,* pág. 408.

del imputado mediante el ingreso a un centro penitenciario por un tiempo determinado por ley con la finalidad de asegurar su presencia en el proceso y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria.[189]

En el presente artículo, pretendo absolver algunas interrogantes respecto a las implicancias de la prisión preventiva desde una perspectiva constitucional y penal, enmarcado dentro del seno del Estado de Derecho y el marco garantista que ofrece al ciudadano con el fin de evitar el abuso del *Ius puniendi* del Estado.

II. LOS OBJETIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Ahora bien, los objetivos que se buscan con la prisión preventiva, son: primero, garantizar la presencia del imputado en el proceso penal, evitando con ello la frustración del proceso por ausencia; segundo, garantizar el desarrollo de una exitosa investigación de los hechos que se atribuye al imputado, toda vez que si concurren circunstancias de entorpecimiento u obstaculización por parte del imputado, es posible que aquella no consiga sus fines y tercero, se pretende asegurar la futura ejecución penal, es claro que si se dicta sentencia condenatoria efectiva y el imputado se pone fuera del alcance de la autoridad no será posible ejecutar la sentencia.

En resumen, la prisión preventiva es una medida de naturaleza coercitiva y personal decidida jurisdiccionalmente y tomada a instancia del Ministerio Público y enmarcada dentro de un proceso penal debidamente iniciado, siempre y cuando, de acuerdo a las características propias del proceso, resulte absolutamente imprescindible, como podría ser el de evitar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba.[190]

III. FUNDAMENTOS

[189] La Sala Penal de Apelaciones de Huaura erróneamente había interpretado lo contrario argumentando que es imprescindible a la prisión preventiva –y condición para su imposición- la medida de detención, de suerte que si ésta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, no es posible solicitar aquella y menos concederla[189]; El profesor Roxín, enseña por ejemplo que la prisión preventiva "debe ser revocada de oficio cuando no existen más los presupuestos, por tanto, cuando dejen de existir la sospecha vehemente de la comisión del hecho punible o los motivos de la detención ROXIN, KLAUS, Derecho Procesal Penal, 25ª edición alemana, traducido por Gabriela Córdova y Daniel Pastor, revisada por Julio B Mair; Buenos Aires, 2000, p. 273.

[190] En ese aspecto no se puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo

Hemos dicho ya, al analizar el fundamento de las medidas cautelares personales en general, que el derecho al juicio previo y, en particular, el principio de inocencia, aparece claramente en tensión con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal pendiente el procedimiento de persecución Esta tensión alcanza, sin duda, como señala Moreno Catena, su punto más crítico en el debate en torno a la prisión preventiva, "*porque ella involucra una forma de afectación del derecho a la libertad personal* ***(encarcela****miento) que no logra distinguirse de la que produce la pena privativa de libertad*".[191]

En otras palabras, desde la perspectiva de la libertad ambulatoria del afectado, pareciera no existir ninguna diferencia entre la prisión preventiva y la prisión punitiva. En otras palabras, si la pena privativa de libertad, que constituye la sanción penal más generalizada en nuestro sistema, sólo puede ejecutarse después de haber sido impuesta por una sentencia judicial (derecho al juicio previo), y si el imputado debe ser considerado inocente en tanto no exista dicha sentencia condenatoria, lo que implica, por una parte, la carga para el Estado de probar la culpabilidad más allá de una duda razonable (principio de inocencia como regla de enjuiciamiento) y, por otra parte, la exigencia de tratarlo como inocente en tanto dicha sentencia no exista (principio de inocencia como regla de tratamiento del imputado), lo cierto es que la sola existencia de la posibilidad de encarcelamiento pendiente el juicio implica una contradicción que es difícil de justificar.

En doctrina, existen dos corrientes de signo opuesto que buscan resolver esta contradicción. La primera resuelve el problema en favor de la prisión preventiva, declarando el principio de inocencia como un absurdo conceptual. El representante más destacado de esta tendencia es, sin lugar a dudas, **MANZINI,** para quien no existe "*nada más burdamente paradójico e irracional*" que la presunción de inocencia. En sus palabras: "*Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, por qué entonces proceder contra él*?" (. . .) '*Y además, de qué inocencia se trata*? ¿Se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente de él? ¿O lo uno

[191] MORENO CATENA. Víctor Derecho Procesal. Proceso Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 881.

y lo otro a la vez? Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no abolir la detención preventiva?".[192] FONTECILLA puede ser considerado un entusiasta partidario de esta corriente. En las antípodas de esta tesis está FERRAJOLI, quien, casi 60 años más tarde, pretende responder la pregunta de MANZINI reafirmando la presunción de inocencia como fuente de absoluta ilegitimidad de la prisión preventiva.

Sostiene FERRAJOLI: "*Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las garantías penales y procesales*".[193] La tesis de FERRAJOLI asume que no existe ningún fin que legitime la prisión preventiva y que, por lo tanto, ésta debiera abolirse.

La mayoría de la doctrina procesal penal, sin embargo, ha evitado ubicarse en alguno de los polos de este debate y ha centrado la discusión en el análisis de los fines de la prisión preventiva, entendiendo que la posibilidad de coexistencia entre este instituto y la presunción de inocencia está condicionada por los fines que se reconozcan al primero.

En este contexto, se ha entendido que el derecho a la presunción de inocencia sería respetado en la misma medida en que la prisión preventiva estuviere fundada en el cumplimiento de finalidades distintas de aquellas perseguidas por la pena, esto es, finalidades de carácter estrictamente procesal. En esta línea encontramos a BECCARIA, para quien "*siendo una especie de pena, la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga*". Por lo tanto, la custodia preventiva "*no puede ser más que la necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delito*".[194]

[192] Citado por QUINTANO RIPOLLES, A.: en Comentarios al Código Penal y Curso de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1988, Pág. 673.
[193] FERRAJOLI: *ob. cit.,* pág. 432.
[194] BECCARIA, Cesare.: De los delitos y de las penas. Capítulo 37, atentados, cómplices, impunidad.- Traducción de Juan Antonio de las CASAS.- 1988.

Para **CARRARA,** en cambio, la prisión preventiva está legitimada "para interrogar al reo y obtener de viva voz suya todos los esclarecimientos que la instrucción puede necesitar", tras lo cual su prolongación podría justificarse por las siguientes necesidades:

- Necesidad de ***justicia:*** para impedir la fuga del reo.
- Necesidad de ***verdad:*** para impedirle enturbiar las investigaciones de la autoridad, destruir los vestigios del delito, intimidar a los testigos.
- Necesidad de ***defensa pública:*** para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno.[195]

Como se observa, entonces, en esta última variante la prisión preventiva ya no sólo sirve a finalidades procesales (peligro de fuga, peligro de ocultación de pruebas), sino que desborda los límites cautelares de la medida, constituyéndose en un instrumento de prevención y de defensa social tendiente a evitar la comisión de delitos futuros por parte del imputado (peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido).

La forma en que los estados resuelven la contradicción entre presunción de inocencia y prisión preventiva está en directa relación con los grados de libertad individual que se reconocen en una determinada sociedad.

IV. PRISIÓN PREVENTIVA Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE LA INOCENCIA

El Estado al ejercer su titularidad y monopolio del *ius puniendi* es decir el de establecer que conductas son consideradas dañinas para la sociedad así como la pena que ha de imponerse si se realiza dicha conducta y la normatividad a aplicarse al caso concreto a fin de que la imputación en abstracto establecido en el Código Penal sean aplicadas al caso concreto mediante un proceso penal.

Debe garantizar el principio de la presunción de inocencia, no como un favor de la Constitución para con el particular, muy por el contrario es el más pulcro y

[195] FERRAJOLI: *ob. cit.,* pág. 434

reputado reconocimiento que hace el Estado a favor del hombre, único y absoluto sujeto de la ciencia jurídica. En toda esta etapa el ciudadano concurre en calidad de inocente, esto debe ser lo ideal; el Estado Constitucional de Derecho si se ufana de ser un Estado civilizado, debe garantizar a todo sus ciudadanos, como exigencia mínima, las garantías máximas posibles para que pueda ejercitar plenamente parte de su derecho que no cede al Estado, ya que por el contrato social los ciudadanos cedemos una parte de nuestros derechos a fin de que el Estado lo administre y sin duda alguna una de las garantías que el Estado debe garantizar al ciudadano en juicio y fuera de este, es precisamente el principio o garantía de presunción de inocencia, que se constituye como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner debido freno a los atropellos que sobre ella se pueda realizar y proveer a la necesidad de la seguridad jurídica, incluso cuando exista suficiente elemento probatorio de cargo y en los delitos flagrantes y incluso cuando haya una confesión de autoría de un delito este principio sigue manteniéndose de pie, la misma que sólo desaparece con una sentencia condenatoria firme, ¿cómo garantiza el Estado el principio de presunción de inocencia?, una de las maneras es a través del reconocimiento y el establecimiento de los mecanismos para el cumplimiento de dicho principio.

Esta debe garantizarse desde la investigación preliminar (tanto a nivel policial como en la investigación fiscal) o desde situaciones extrapenales (durante las investigaciones llevadas a cabo por los órganos de auditoría) el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo y de manera fundamental en el campo procesal al ciudadano se le considera inocente en cuanto y tanto no haya una condena por el injusto cometido de manera definitiva. Como dice el maestro don Vicente Gimeno Sendra[196], la presunción de inocencia opera como una suerte de blindaje que acompaña al imputado en todas las fases del proceso penal y en todas sus instancias. Esta garantía fundamental funciona como un límite de carácter constitucional tanto para el legislador como para el juez penal. Para el primero a fin de que legisle respetando los principios como el de legalidad,

[196] GIMENO SENDRA, Vicente: *"El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".* Rev. Poder Judicial, número especial I, pg. 54.

proporcionalidad, culpabilidad, intervención mínima y sobre todo no dando leyes demagógicas y sobre todo conforme a la constitución y para el segundo a fin de que sus resoluciones se hagan observando siempre la norma constitucional haciendo uso de ser el caso del control difuso consagrado en el artículo 138º si una norma es inconstitucional, por ello mismo, la Constitución Política ha contemplado en el Artículo 2º, inciso 24. En el principio o garantía de presunción de inocencia que establece: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

Este principio implica un reconocimiento de "estatus de inocencia", esto es un "derecho a ser tratado como inocente" no interesa si se le define como principio o como derecho ya que a decir de Alberto M. Binder son perfectamente conciliables el definir como principio, estado o como derecho ya que no difieren en sus efectos prácticos.[197]

Es por ello que dicho principio de rango constitucional es equiparada a un derecho fundamental que debe vincular a todos los poderes públicos y su aplicación tiene que ser inmediata, tanto que su vulneración equivale a una vulneración de un derecho humano. Por ser la Constitución la Ley de leyes, todas las otras leyes y normas tienen que ser referidas a esa norma. De la misma manera, toda forma de interpretación en la que está comprometida la libertad de un ciudadano se tiene que hacer conforme a la constitución teniendo en cuenta siempre la presunción de inocencia. Siguiendo este orden de ideas es que se promulgó el Código Procesal penal peruano, cuyo Art. II del Título preliminar recoge de manera expresa el derecho fundamental de la Presunción de inocencia que a la letra señala:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las

[197] BINDER, Alberto, Justicia penal y Estado de Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires 2002, pág. 94.

debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido".

Con esta forma de legislar sobre la presunción de inocencia se da un paso adelante en cuanto a la forma en que la constitución garantizaba el derecho fundamental puesto que no solamente señala que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente sino que también ésta debe ser tratada como inocente.

Asimismo, es de señalar que la sentencia para poner fin a la presunción de inocencia tiene que ser motivado, del mismo modo, los jueces para quebrar la presunción de inocencia tienen que realizar una mínima actividad probatoria con pruebas de cargo obtenidas legalmente y actuadas en el juicio oral con todas las garantías del debido proceso. Otra de las novedades que trae este artículo es precisamente que hasta que no se dé una sentencia firme ningún funcionario público ni autoridad pública podrá presentar a un ciudadano como culpable y asimismo no podrá en una información institucional tanto interno como externo señalarlo como responsable de un hecho delictivo.

V. VICISITUDES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD PERSONAL

Franz **Neumann,** en un texto muy citado, a propósito del concepto de libertad como libertad jurídica, ponía de manifiesto que "la libertad es, más que otra cosa, ausencia de constricción"[198] y que esta idea, que es la propia de la teoría liberal de la libertad, es clave para entender el constitucionalismo, en cuyos orígenes la libertad se concibe como "negativa", en el sentido hegeliano de "unilateral". Ello debido a que tiene como "presupuesto el individualismo filosófico: la idea de que el hombre es una realidad prescindiendo del sistema

[198] Citado por RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto - Pena y Estructura Social, Editorial Fondo de Cultura Económica, Trad. De Alberto Quiroga México D.F. 1979, Pág. 54.

político en que vive" y que "el poder político, incorporado en el Estado, será siempre extraño al hombre, que no puede y no debe identificarse con aquél".[199]

Este modo de concebir la libertad es, pues, el propio del constitucionalismo liberal, que tiene como presupuesto una drástica separación de la esfera pública y la esfera privada. El individuo es el *dominus* dentro de ésta, mientras el Estado ejerce su señorío en el ámbito de las relaciones políticas y sociales y no puede interferir legítimamente en aquélla si no es por algún motivo de interés público.

La progresiva abolición de esa separación de esferas que se identifica con el advenimiento del Estado social y el paso a la democracia pluralista lleva consigo un tratamiento constitucional mucho más articulado y complejo de la libertad. Ésta deja de ser concebida en su dimensión exclusivamente negativa y se abre paso una idea de la misma como libertad positiva, como expresión de la persona, en tanto que ser social con pretensiones de autorrealización en un campo de relaciones intersubjetivas (civiles, políticas, socioeconómicas) mucho más amplio que el propio de la autonomía individual.

Ahora bien, este paso en la evolución histórica no implica la disolución de la vieja libertad *negativa* en las libertades *positivas.* Aquel concepto, es un antecedente cronológico pero también un *prius* lógico y jurídico-constitucional de la categoría integrada por las segundas. Puesto que la capacidad de relación del sujeto como persona presupone su propia *previa* capacidad de autodeterminación, es decir, de decisión desde la autonomía.

Esta dimensión del sujeto resulta así, en el moderno constitucionalismo, enriquecida, pero en modo alguno abolida como momento central, "*la parte más significativa del sistema (jurídico-positivo) de los valores supremos (constitución), que se impone como parámetro universal de la legitimidad de los diversos actos de los poderes 'constituidos' (comprendido el legislador) y como medida de la licitud de los comportamientos de los sujetos privados en su actuación personal de*

[199] Ibídem

disfrute y estructuración de las objetivas chances of life que el ordenamiento les ofrece"[200].

VI. LA LIBERTAD PERSONAL DEL IMPUTADO

El uso de la prisión como forma de actuación del poder público interesa de manera inmediata a la libertad en su dimensión negativa y, en ese sentido (obviamente, salvo la privación de la vida), es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que 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.

En el proceso inquisitivo la prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: "un *prius* necesario para la obtención de las pruebas". Lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento, en el que, a través de toda una "tecnología del cuerpo" se expresa la "microfísica del poder", en la sugestiva interpretación de **Foucault**[201].

Una larga evolución histórica que es la del pensamiento ilustrado y la de la construcción de la propia categoría constitucional de la libertad llevó a la abolición formal de la tortura en la experiencia procesal y, con ello, a la disociación asimismo formal de la tortura y la prisión provisional.

Ese paso hizo, sin duda, mucho más tolerable la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad del instituto, en el que Beccaria[202] había visto, sin sombra de duda, "una especie de pena". Y no podía ser de otro modo, si se considera que, mucho antes, ya hubo autores que hallaron dificultades para distinguir entre tortura y cárcel.

En cualquier caso, lo cierto es que la abolición de la tortura hizo más precaria la justificación de la privación preventiva de libertad dentro del proceso. Podría

[200] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto – Ob. Cit., Pág. 57.
[201] FOUCAULT, Michael, Vigilar y Castigar, Editorial Siglo XXI, Madrid, México 1981, Pág. 26
[202] BECCARIA, Cesare, Ob. Cit., Pág. 177.

decirse que vino a restar *legitimidad* a la misma, de ahí la necesidad de buscar para ella nuevos fundamentos.

VII. CONCLUSIONES

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones, hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado *como si* fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia, tanto como garantía y al mismo tiempo, de *libertad* y de *verdad*.

La Prisión preventiva debe subordinar su uso a las necesidades del procedimiento, haciendo hincapié en que tiene que ser brevísima, que no es tolerable sino en graves delitos y que hay que procurar suavizarla mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación sólo para dar respuesta a necesidades: 1º, de *justicia,* para impedir la fuga del reo; 2º, de *verdad,* para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3º, de *defensa pública*, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno.

Por último, es necesario precisar que, si queremos que la prisión preventiva no se salga de los cauces jurídicos que le son inherentes a su naturaleza estrictamente necesaria para situaciones especiales tomadas jurisdiccionalmente y bajo los argumentos ya expuestos dentro del proceso penal, tenemos que velar por el propio Estado de Derecho que es el marco natural y garantista que limita los excesos del Ius Puniendi del Estado. Lo contrario, sin los mecanismos adecuados que sólo la institucionalidad democrática puede ofrecer, instituciones como la prisión preventiva, se

desbordan y se convierten en siniestros instrumentos del abuso del poder de gobiernos autoritarios y dictatoriales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare.: De los delitos y de las penas. Capítulo 37, atentados, cómplices, impunidad.- Traducción de Juan Antonio de las CASAS.- 1988.

- BINDER, Alberto, Justicia penal y Estado de Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires 2002

- FERRAJOLI, L., y ZOLO, D., «Marxismo y cuestión criminal», en Ferrajoli, L., y Zoló, D., Democracia autoritaria y capitalismo maduro, El Viejo Topo, Barcelona, 1980

- FOUCAULT, Michael, Vigilar y Castigar, Editorial Siglo XXI, Madrid, México 1981

- GIMENO SENDRA, Vicente: *"El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".* Rev. Poder Judicial, número especial I.

- MORENO CATENA. Víctor Derecho Procesal. Proceso Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001
- QUINTANO RIPOLLES, A.: en Comentarios al Código Penal y Curso de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1988

- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto - Pena y Estructura Social, Editorial Fondo de Cultura Económica, Trad. De Alberto Quiroga México D.F. 1979

LA CADENA PERPETUA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD

Por: LUIS RAUL SAMANIEGO RAMOS

Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la 1° Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cañete

Sumario: **I.** Introducción, **II.** La Libertad en el Ámbito Sexual: Libertad Sexual, **III**. La Indemnidad Sexual de los Menores de Edad como Bien Jurídico, **IV**. La Condena de Cadena Perpetua para Delitos de Abuso Sexual Contra Menores de Edad, **V**. Conclusiones, **VI**. Bibliografía.

Un breve revisión sobre los delitos de violación sexual contra menores de edad y de la cadena perpetua como máxima penalidad aplicable contra las formas agravadas contendías para este delito.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación que el Código Penal nos ofrece de los delitos contra la libertad sexual contra menores de edad a raíz de los últimos cambios experimentados con el agravamiento de las sanciones penales contra los agresores sexuales, representa la culminación de un proceso que, iniciado con las tímidas pero importantes decisiones de nuestro legislador de atender el clamor de la opinión

pública, refleja la decisión de endurecer la respuesta punitiva contra actos de esta naturaleza.

Y es que los delitos de abuso sexual contra menores de edad, son considerados sin lugar a dudas como los de mayor gravedad, tanto por sus connotaciones jurídicas como morales en cuanto a la condición de indemnidad sexual de las víctimas.

No es preciso recordar aquí el cambio radical que en esta materia supuso las tendencias garantistas e incluso abolicionistas que se generaron en la década de los 80 y 90 y que culminaron con la redacción del Código Penal de 1991. Muy pronto nuestra sociedad vio el peligro de conductas tan perversas y que, no obstante, eran reprimidas en sus formas agravadas con sanciones de mediana intensidad, algo que sin duda generó no sólo indignación, sino repudio hacia un sistema penal que técnicamente se «aliaba» con el agresor.

Como señala LAMARCA, "*la reforma debe responder a la idea de que el Código penal debe proteger ante todo la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sanción penal, propiamente dicha; en otros términos, no se puede enfatizar la preocupación social respecto a la condición del agresor por encima de los daños ocasionados a la víctima*"[203]. Desde tal perspectiva era ilógico centrar el interés penal, en los medios utilizados para doblegar la voluntad de la víctima, que el propio daño a ella. En segundo lugar, aquella opción exigía despenalizar conductas cuyo contenido de injusto era supuestamente despreciable o nulo: tal es el caso del exhibicionismo o el proxenetismo. En España, el mismo propósito -que, desafortunadamente, ha sido mal interpretado- le llevó a suprimir la referencia en los tipos de prostitución a la corrupción de menores, optando por sancionar los concretos actos lesivos.

Siguiendo a BAJO FERNÁNDEZ[204], se diría que el Derecho penal técnicamente bajaba la guardia ante hechos de esta naturaleza, generando una suerte de

[203] Citado por MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, La reforma penal de 1989, Madrid, 1989, págs. 19 y ss.
[204] BAJO FERNÁNDEZ, La actualización del Código penal de 1989, Civitas, Madrid, 1989, págs. 29 y ss.

revictimización, pues la tutela penal perdía de esta forma su eficacia y su propia razón de ser.

II. LA LIBERTAD EN EL ÁMBITO SEXUAL: LIBERTAD SEXUAL

Norberto Bobbio[205] distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva) y libertad de obrar (libertad negativa). La libertad de querer o de voluntad es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. En tanto que la libertad de obrar supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

En el campo de los delitos sexuales, según Diez Ripollés[206] el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo. En su aspecto positivo la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

Igual para Miguel Bajo Fernández[207] este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras. Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, el profesor Carlos CARO CORIA[208] prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para

[205] BOBBIO, 1993, p. 100.
[206] MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, Ob. Cit., págs. 23 y ss.
[207] BAJO FERNÁNDEZ, 1991, p. 198. En igual sentido, ORTS BERENGUER y ROIG TORRES prefieren enseñar que la libertad sexual se conforma de dos facetas: "una, dinámica-positiva, referida al ámbito de disposición sobre el propio cuerpo (…) sin más dilaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena, así como la de escoger y practicar en cada momento la opción sexual deseada, y otra estática-negativa, comprensiva de las posibilidades de repeler los ataques de índole sexual que pueden producirse" (Ob. Cit., p. 343).
[208] CARO CORIA, 1999, P. 216, CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, P. 67.

efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. Esta división se hace con fines pedagógicos, pues tanto la libertad sexual en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, pues ambos constituyen un loable complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico[209].

La libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

En suma, la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas. De modo que se afecta la libertad sexual de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad[210].

En esa línea, no le falta razón a María del Carmen García Cantizano[211] cuando sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la "libertad", viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para

[209] MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, Ob. Cit., págs. 73 y ss
[210] Cit. REVILLA LLAZA, Percy Enrique. 2004 Tentativa del delito. En: Código penal comentado. Tomo I. Título Preliminar. Parte general. Perú – Lima: Gaceta Jurídica.
[211] Citada por PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. 2007 Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas. Perú – Lima: Editorial Rodhas.

participar en tal clase de relaciones, lo que implica que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

III. LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD COMO BIEN JURÍDICO

De modo alguno puede alegarse que a los menores de edad se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, pues por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que, para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, los cuales proceden en principio de la doctrina italiana, y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los ochenta[212].

En consecuencia, vía la doctrina española llegan al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual y en tal sentido, muy bien apuntan Bramont Arias Torres y García Cantizano[213], al manifestar que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, aún si la tuviera tácticamente, ha sido considerada por el legislador como irrelevante. De esta forma, en los tipos penales en los cuales el legislador no reconoce eficacia a la libertad sexual del sujeto pasivo como, por ejemplo, en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 172º, 173º, y 176º-A del C.P., el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual entendida como seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual.

Caro Coria[214], por su parte, amparado en argumentos de penalistas españoles, afirma que en los tipos penales antes citados, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista

[212] Ibídem
[213] BRAMONT–ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. 1996 Manual de derecho penal. Parte especial. Perú – Lima: Editorial San Marcos. Segunda Edición.
[214] CARO CORIA, Dino Carlos. 2002. Código penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal. Perú – Lima: Gaceta Jurídica, 468

tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca obtenerla. En estricto sentencia el autor citado- si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual.

De ahí se concluye que la indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales antes referidos. Esto es, le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. Circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente.

La idea de "indemnidad sexual" se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual[215].

En términos del español Muñoz Conde[216] podemos concluir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales.

[215] MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, Ob. Cit., págs. 91 y ss
[216] MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal y control social, Ed. Fundación Universitaria de Jeréz de la Frontera, España, 1985, p. 201.

Finalmente, en otro aspecto, consideramos que la forma cómo se ha regulado las conductas sexuales delictivas en nuestro sistema punitivo aún con grandes defectos, merece general aceptación, pues pretende o se ajusta a los lineamientos de un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna todo nuestro sistema jurídico, cuyo marco normativo lo constituye nuestra Constitución y la doctrina de los Derechos Humanos. Ello es así a pesar que el poder político sigue usando al derecho penal para contentar a la opinión pública, elevando las penas a aquellos comportamientos delictivos que generan inseguridad social. De modo que el ordenamiento punitivo sigue cumpliendo una función simbólica, pues se recurre a él para crear una mera apariencia (un símbolo) de protección que no se corresponde con la realidad. Esta tendencia es lo que en doctrina se denomina "huida al Derecho penal" por parte del legislador, quien de modo interesado responde a la demanda social de una mayor protección creando nuevas figuras delictivas o endureciendo las ya existentes, en suma, responde con un Derecho Penal más represivo, vulnerando con ello diversas garantías y principios constitucionales (proporcionalidad de la pena, intervención mínima, taxatividad de la ley penal, etc.)[217].

IV. LA CONDENA DE CADENA PERPETUA PARA DELITOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD.

Sin duda, después de la pena de muerte, la cadena perpetua constituye la más grave de las sanciones penales que se puedan imponer. A decir del eminente cónsul francés de Napoleón, Siéyes, "*el confinamiento de por vida implica el mejor castigo para el trasgresor que por la gravedad de su ofensa, merece purgar el resto de su existencia tras los barrotes*"[218]. Fue, sin duda, la sanción a la que echaron mano muchos regímenes autoritaristas, pues para la perspectiva del «derecho penal castigador» representa la fórmula ideal para ejercer un poder represivo de enorme magnitud sobre el trasgresor.

Este tipo de sanción al igual que la pena de muerte, fue seriamente cuestionada por las nuevas corrientes ideológicas del Estado garantista que apuntaban hacia

[217] *Vid*. Ampliamente: ORTS BERENGUER/citado por ROIG TORRES, MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, Ob. Cit., págs. 99 y ss

[218] Citado por COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, T. "Derecho Penal, parte general", Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1984, Pág. 23.

un derecho resocializador y preventivo antes que a un Derecho penal castigador y vengativo. De esta forma, a mediados del siglo XX se empezó a plasmar esta tendencia, primero en el Derecho penal europeo de la post guerra, a raíz del replanteamiento del Estado social y democrático, donde se privilegiaba el nuevo concepto fundado sobre garantías constitucionales y, entre otros, un Derecho penal distinto.

Con el correr de los años, estas corrientes fueron acogidas en el derecho penal latinoamericano, sobremanera a partir de los 80 en que entran en declive los regímenes dictatoriales y se perfilan nuevos vientos sociopolíticos de naturaleza democrática. Es precisamente en esta época que se gesta en el Perú lo que habría de ser la Carta Constitucional de 1979 que remodela el concepto de Estado y genera las bases de una nueva política de gobierno.

En cuanto a las sanciones penales, se elimina la pena de muerte y la cadena perpetua quedó relegada para delitos de traición a la patria. De esta forma se sentaron las bases de nuestro nuevo Derecho Penal que se cristalizó con el Código de 1991[219]

Posteriormente, bajo el marco de la Constitución de 1993 y la tendencias retrógradas que empezó a manifestar nuestro Derecho penal a raíz de dos fenómenos bien marcados: el terrorismo y la dictadura de Alberto Fujimori, empieza un proceso de endurecimiento de las sanciones, consistente en aplicar penas privativas de la libertad cada vez más largas y reincorporar instituciones como la reincidencia y la habitualidad como factores determinantes del agravamiento de la sanción Entre los delitos que son reprimidos con cadena perpetua en nuestra legislación podemos mencionar a los siguientes: Secuestro agravado (artículo 152, último párrafo, del Código Penal), Violación sexual (artículos 173, 173 A y 177 del Código Penal), Robo agravado (artículo 189,

[219] En nuestro país, en el artículo 29 del Código Penal de 1991 se regula actualmente la pena de cadena perpetua, al establecerse que "La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años"

último párrafo del Código Penal), Extorsión (último párrafo del artículo 200 del Código Penal), terrorismo (Decreto Ley Nº 25475).[220]

Posteriormente, ante una demanda de inconstitucionalidad de la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional se pronunció en Resolución emitida en el Expediente Nº 010-2002/AI/TC, considerando, entre otros puntos, que la pena de cadena perpetua "resiente" el principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución, así como, también, es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad[221]

De acuerdo a dicha resolución, "…tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales (…) detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía (…) detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación".[222]

[220] La constitucionalidad de la pena de cadena perpetua fue materia de permanente discusión en el Perú. Es así que en el año 2002, más de cinco mil ciudadanos interpusieron ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC) una demanda de inconstitucionalidad contra –entre otros- el Decreto Ley Nº 25475, cuestionando la regulación que en éste se hacía de la cadena perpetua para determinados supuestos de terrorismo. Los demandantes alegaban que la regulación de la cadena perpetua vulneraba el numeral 2 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que proscribe el sometimiento a torturas, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como, también, el artículo 139 numeral 22 de la Constitución Política de 1993 (en adelante CP), que establece el principio según el cual el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

[221] Fundamento 184 de la sentencia- Expediente Nº 010-2002-AI/TC

[222] Fundamentos 185, 186 y 187 de la sentencia- Expediente Nº 010-2002-AI/TC

No obstante dichos fundamentos, el propio Tribunal, confirma de algún modo, mediante el Expediente Nº 003-2005-PI/TC), que "la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación"[223]. Termina la Sentencia con una exhortación al Congreso de la República a fin de que "dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos Nos 190 y 194".

De esta forma, mediante la delegación de facultades legislativas, el Congreso cedió al Ejecutivo la potestad de regular respecto a esta materia, el cual mediante Decreto Legislativo Nº 921 de enero del 2003, prescribe como elemento de regulación de la Cadena Perpetua, la revisión de la misma una vez que el reo haya cumplido 35 años de pena, conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal". De esta forma, se trató de conjugar el elemento ultrarepresor con el marco garantista en una suerte de solución ecléctica a la que considero insustancial en cuanto su esencialidad mantiene la forma de la perpetuidad como máximo castigo.

V. CONCLUSIONES

Estamos pues, ante un escenario en donde se echa mano de la cadena perpetua como la fórmula «ideal» para descargar todo el peso del ius puniendi del Estado sobre el ofensor. Algo que, si bien en primera línea podrías asumir como justo en los casos de delitos de violación sexual de menores de edad, por la intensidad de la ofensa generada, no obstante queda en el tintero el cuestionamiento de una sanción que si bien es muy dura, pareciera no ser suficiente en su poder disuasivo como para reducir la incidencia en la comisión de esta clase de delitos.

Esto nos lleva irremediablemente a cuestionar su eficacia en cuanto el índice de estos delitos sexuales contra menores de edad, se siguen dando, preocupantemente, en sus formas más agravadas, lo que al parecer deja como

[223] Fundamento 190 de la sentencia - Expediente Nº 010-2002-AI/TC

infructuosa la intención del legislador penal de aplicar todo el peso de la ley contra estos criminales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, La actualización del Código penal de 1989, Civitas, Madrid, 1989

- BRAMONT–ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. 1996 Manual de derecho penal. Parte especial. Perú – Lima: Editorial San Marcos. Segunda Edición.

- CARO CORIA, Dino Carlos. 2002. Código penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal. Perú – Lima: Gaceta Jurídica

- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, T. "Derecho Penal, parte general", Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1984

- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal y control social, Ed. Fundación Universitaria de Jeréz de la Frontera, España, 1985

- MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, La reforma penal de 1989, Madrid, 1989

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. 2007 Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas. Perú – Lima: Editorial Rodhas.

- REVILLA LLAZA, Percy Enrique. 2004 Tentativa del delito. En: Código penal comentado. Tomo I. Título Preliminar. Parte general. Perú – Lima: Gaceta Jurídica.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ETAPA INTERMEDIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PERUANO

Por: FANNY ROSA SULCA PECEROS

Fiscal Adjunto Provincial Provisional De La 2° Fiscalía Provincial Penal De Mala

Sumario: **I**. Introducción, **II**. Origen y Fundamento. Breve Panorama del Derecho Comparado, **III.** La Fase Intermedia en el Modelo Procesal Peruano, **IV**. Audiencia de Control de Acusación, **V**. Conclusiones, VI. Bibliografía

Una revisión histórica y del Derecho Comparado respecto a la trascendencia de la Etapa intermedia en el nuevo modelo procesal peruano.

I. INTRODUCCIÓN

Por lo general, la etapa de la investigación preparatoria termina con la petición formal que efectúa el titular de la acción penal (el fiscal) al Juez. La naturaleza de esta petición puede ser de dos clases: una petición que requiera la apertura del juicio oral a través de la formulación de la acusación o, en su defecto, dicha petición puede consistir en el sobreseimiento de la causa, en otros términos, la solicitud del archivamiento del caso, ello debido a que no se ha encontrado la

sustanciación suficiente que lleven al grado de convicción para sustentar una acusación.[224]

A diferencia del viejo modelo procesal de naturaleza mixta regulado por el Código de procedimientos Penales de 1940 en las que se pasa al Juicio Oral una vez terminada la fase de la investigación, el modelo eminentemente acusatorio del NCPP inserta esta denominada Fase Intermedia, la misma que cumple funciones muy trascendentes al interior del proceso penal. Ahora bien, dentro del contexto del nuevo modelo procesal, tanto la Fase Preparatoria como la Intermedia, que amerita este artículo, sirven para preparar el juicio. No obstante, sin estas etapas, no sería posible continuar con el proceso, pues contravendría todos los principios y fundamentos del marco garantista del propio Estado de Derecho. Además, el juicio oral para que alcance su plenitud y éxito, debe estar precedido de una preparación exhaustiva y ello se logra luego de una actividad responsable[225] por parte de los sujetos procesales, incluyendo el propio Juez.

Por estas razones, el presente artículo está enfocado a realizar un estudio respecto a esta importante etapa del proceso con ánimo, principalmente, de dar mayores luces respecto a sus antecedentes y su naturaleza jurídica a fin de dimensionar su trascendencia dentro del desarrollo del proceso penal de tipo acusatorio.

II. ORIGEN Y FUNDAMENTO. BREVE PANORAMA DEL DERECHO COMPARADO

[224] **Artículo 344 Decisión del Ministerio Público.-**

1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa.
2. El sobreseimiento procede cuando:
   a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;
   b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;
   c) La acción penal se ha extinguido; y,
   d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

[225] El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o ha pedido del acusado o su defensa cuando concurran los supuestos ya analizados, requisitos que prevé el inciso 2 del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba.

La etapa intermedia o de preparación del juicio surge, como tal, a partir del siglo XIX, con el establecimiento del instituto de la clausura de la instrucción criminal como presupuesto necesario para pasar a la fase de juicio oral. La función primordial de esta etapa ha sido y continúa siendo la de controlar el requerimiento acusatorio del fiscal y, más precisamente, evitar que cualquiera pueda ser acusado sin fundamento suficiente[226].

En el derecho comparado es posible encontrar tres sistemas de control de la acusación o procedimiento intermedio[227]. El primero consiste en la apertura directa del juicio; en este sistema, la defensa carece de la facultad para manifestarse sobre el mérito de la investigación preparatoria y sólo puede invocar hechos que paralizan temporalmente el procedimiento o dan lugar al sobreseimiento definitivo de la causa. Es el caso de las legislaciones que conservan fuertemente una matriz inquisitiva.

El segundo sistema contempla un control de la acusación que sólo puede ser provocado por un acto de oposición a la apertura del juicio efectuado por la defensa; si ello no ocurre, se pasa directamente al juicio. Esta es la situación del Código Procesal Penal federal argentino, y, en general, del modelo tomado de los códigos italianos de 1913 y 1930 que fuera, también, adoptado por el Código Procesal Penal de Costa Rica. También es la solución adoptada por el ordenamiento jurídico austríaco y el portugués, en los que, una vez formulada la acusación por el ministerio público, la fase intermedia y el control judicial de la acusación sólo tiene lugar cuando el acusado así lo solicite[228].

[226] VARELA CASTRO (L.), en ANDRÉS IBÁÑEZ (P.) y otros: *La reforma del proceso penal,* Tecnos, Madrid, 1990, p. 157. Es posible encontrar antecedentes históricos acerca del ejercicio de control sobre la acusación en diversos sistemas de enjuiciamiento de la antigüedad. Así, en el procedimiento griego ante los *heliastas,* la acusación se presentaba ante el *arcante,* quien examinaba la acusación desde un punto de vista formal y, aparentemente, también sus fundamentos en PETRIE (A.), *Introducción al estudio de Grecia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1988, pp. 93 y ss., JAEGER (W.), *Paideia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 103 y ss.; en Roma, la *accusatio* estaba sujeta a control para luego elegirse un acusador para la formulación de la *nominis delatio,* en la cual se designaba al acusado y el hecho atribuido (MOMMSEN (T.), *Derecho penal romano,* Temis, Bogotá, 1991, p. 229).

[227] ALVAREZ (A.), "El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio público", en AA.W. *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico,* Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 153 y ss.

[228] ORMAZABAL (G.), *El período intermedio como fase autónoma del proceso penal,* McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 2, 5 y 6. En España, todavía se discute la extensión y contenido de la fase intermedia, cuya regulación en la ley no es explícita (ibíd., pp. 6 y ss.).

El último sistema es el que proclama la obligatoriedad del control de la acusación, esto es, la formulación de la acusación siempre provoca la evaluación de su mérito, independientemente de la eventual oposición de la defensa. En consecuencia, el juez puede rechazar la acusación, entre otras razones, por insuficiencia de los fundamentos que permiten realizar un juicio público contra una persona[229]. En efecto, el control jurisdiccional de la acusación es, en realidad, un control de *legalidad* sobre el ejercicio de aquella, esto es, la verificación de concurrencia de los presupuestos legales que autorizan tal ejercicio y, por ello, se configura esencialmente como un control de carácter *negativo.* En los ordenamientos jurídicos europeos, en general, la fase intermedia se configura nítidamente como un control negativo sobre la acusación, especialmente en-aquellos en que el ministerio público tiene a su cargo la dirección de la investigación de los delitos, como es el caso de Alemania, Italia o Portugal.

Incluso en Francia, en que la investigación preparatoria se encuentra entregada al juez de instrucción, existe un período intermedio cuyo objeto es revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación formulada, para resolver si procede o no abrir el juicio[230]. Este control negativo, como hemos visto, se asienta en la idea que el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si la imputación está provista de fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena[231]. En la Ordenanza Procesal Penal alemana se regula expresamente el denominado "*procedimiento intermedio*" o "*decisión acerca de la apertura del procedimiento principal*". Esta fase tiene lugar una vez cerrada la etapa de investigación preparatoria y siempre que no se haya decretado el sobreseimiento del caso.

En ella se examina la fundamentación fáctica y jurídica de la acusación y de los presupuestos de admisibilidad del juicio. En otras palabras, el control recae sobre la verosimilitud de las imputaciones dirigidas contra el acusado y sobre la

[229] FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 34-35.
[230] ORMAZABAL SÁNCHEZ (G.),: *El período intermedio,* cit., pp. 5 y 6.
[231] ALVAREZ (A.), "El control de la acusación", en *Revista Pena y Estado N" 2* (Ministerio público), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 15 y ss., p. 16.

probabilidad de una condena (*Verurteilungs wahrscheinlichkeit)* a la luz de un examen fáctico *(Tatverdachts prüfung)* y jurídico *{Schlüssigkeits prüfung)*[232] de la acusación. Si el tribunal considera que no existe sospecha suficiente de haberse cometido el delito imputado, decidirá la no apertura del procedimiento principal *(Nichteröffnungs-beschuss).*[233]

Además, esta fase cumple la función de garantizar al acusado el derecho a ser oído respecto de la acusación deducida en su contra[234]. De este modo, el acusado tiene la posibilidad de influir sobre la decisión de apertura del juicio a través de solicitudes de prueba y el planteamiento de incidencias u objeciones; incluso puede solicitar -y el tribunal dictar *ex officio*- nuevas diligencias de investigación para aclarar los hechos materia de la acusación.

Semejante a la alemana es la regulación de la etapa intermedia en el *Códice di Procedura Pénale italiano.* Concluida la fase de investigación preparatoria (*indagine preliminare)* sin que el fiscal proceda al archivo de las actuaciones, se abre una etapa contradictoria denominada audiencia preliminar *(audienza preliminare)* ante un órgano judicial unipersonal, durante la cual se debate sobre los resultados de la investigación[235]. Tanto el acusador como el imputado pueden solicitar la práctica de diligencias que estimen conducentes para determinar si procede admitir la acusación; el propio tribunal puede actuar de oficio en tal sentido, pudiendo examinar la evidencia aportada por las partes y decidir si dispone la apertura del juicio o el sobreseimiento de la causa.[236]

[232] En la doctrina alemana, para que el fiscal inicie la investigación de un delito se requiere que existan "suficientes puntos de apoyo de carácter fáctico" (§ 152.2 StPO), esto es, la denominada sospecha inicial simple *(einfache Anfangsverdacht)*, mientras que para la apertura del juicio oral, el estándar es bastante más exigente: se requiere que el inculpado, a la vista de las actuaciones de la instrucción, resulte suficientemente sospechoso de la comisión de un delito.

[233] En este caso, el ministerio público tiene la posibilidad de interponer la denominada queja inmediata *(sofortige Beschwerde).* Transcurrido el plazo de queja sin haberse interpuesto o deducido el recurso y rechazado por el tribunal competente, la acusación sólo es reanudable cuando aparezcan hechos o medios de prueba nueva.

[234] En Alemania, el tribunal competente para conocer el procedimiento intermedio es el juez letrado del tribunal del juicio oral, esto es, sin la integración de los jueces escabinos. Teniendo en consideración la importancia del juez letrado en un tribunal mixto, se ha suscitado alguna polémica sobre la falta de imparcialidad de este tribunal, pues, en caso de una decisión positiva de apertura del juicio, concurriría prejuiciado al juicio oral, en la medida que ha declarado al acusado suficientemente sospechoso de la comisión del hecho punible. La solución se ha visto en poner esta fase del procedimiento a cargo de un órgano jurisdiccional distinto del que conocerá de la audiencia principal.

[235] DELMAS-MARTY (M.) (Dir.), *Procesos penales en Europa,* Ed. Edijus, Zaragoza, 2000, pp. 362 y ss.

[236] ORMAZABAL (G.), *El período intermedio,* cit, p. 5

Otro modelo relevante a tener en cuenta es el que rige en los Estados Unidos de Norteamérica. Antes que se presente la acusación *(indictmento information)* por el fiscal, el imputado tiene derecho a la denominada audiencia preliminar *{preliminary hearing)*, la que puede renunciar. Dicha audiencia tiene por objeto el control, por parte del tribunal, de la suficiencia de los cargos para ser llevados ajuicio. Tiene carácter contencioso y pueden aportarse pruebas por ambas partes. Lo más habitual será que el fiscal traiga a sus testigos principales y que la defensa los contrainterrogue. La audiencia concluye con la resolución judicial que decide elevar la causa a juicio *(fina1 the case over)* o bien la desestimación del caso[237].

En todos estos sistemas, el control judicial de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, especialmente en aquellos en los que existe el monopolio fiscal de la acusación. Se considera que la sola apertura del juicio oral constituye por sí misma un gravamen que el imputado no debe soportar sin evidencia suficiente, pues son de sobra conocidos los perjuicios que tal hecho acarrea para sus derechos fundamentales. El reproche público de la imputación de un delito y la publicidad de las actuaciones del juicio ponen, de hecho, en entredicho la honorabilidad del ciudadano acusado e inciden directamente en sus derechos al honor y a la propia imagen. Por tal motivo, la admisibilidad de la acusación exige un juicio valorativo previo sobre los fundamentos de la misma[238]. Dicho juicio debe ser compartido por, al menos, dos órganos de la administración de justicia. Ya la doctrina alemana de la posguerra se había preguntado si el control *judicial*

[237] HENDLER (E.), *Derecho penal y procesal penal ele los Estados Unidos,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 183 y ss. La función antes señalada es desempeñada por el *Grandjury* o jurado de acusación cuando se trata de delitos capitales o "crímenes infamantes", derecho que aparece garantizado en la Quinta Enmienda de la Constitución americana. Aunque casi todos los Estados prevén la intervención del Gran Jurado, sólo algunos la requieren obligatoriamente y, en tal caso, restringida al ámbito de los *felonies* o de los delitos que tengan asignada la pena máxima.

[238] Se suele distinguir entre el derecho a la acción penal y el derecho de penar del Estado, que está en la base del primero, en virtud de lo cual no basta la admisibilidad de la acción, sino que ella ha de estar suficientemente fundamentada. Por ello, "una cosa es que la existencia del proceso se condicione a la existencia de acusación, y otra, que el ejercicio de la acusación se presente como un derecho absolutamente incondicional y abstracto, desvinculado de la verosimilitud de los hechos objeto de la acusación, del examen de su tipicidad y de la responsabilidad del sujeto a cuyo cargo se ponen" (ORMAZABAL (G.), *El periodo intermedio del proceso penal* (cit.), pp. 24 y 26). La doctrina utiliza expresiones muy diversas para designar esta función: "control negativo de la acusación"; "juicio de acusación"; "control jurisdiccional sobre la fundabilidad de la acusación" (empleadas por ORTELLS RAMOS en "Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia y juicio oral)" en Revista General de Derecho, 1993, pp. 7193 y ss., y por GIMENO SENDRA (V.), *Derecho Procesal,* tomo II *(Proceso Penal),* Valencia, 1992, p. 402).

de la acusación resultaba un presupuesto exigido por la Constitución para que el imputado pudiera adquirir el estatus de acusado o si, por el contrario, bastaba con el control ejercido exclusivamente por el ministerio público. La respuesta fue que el control judicial constituía un requisito de orden constitucional *(Richtervorbehalt)* para la protección del acusado ante juicios orales injustificados.[239] En consecuencia, en estos modelos el ministerio público carece de la prerrogativa de llevar autónomamente su acusación ajuicio, pues existe la posibilidad de una intervención judicial vinculante, aun contra la voluntad del acusador.

En definitiva, por decisivo o central que resulte el papel que se atribuya en un sistema procesal al órgano oficial encargado de la persecución penal, no parece aconsejable prescindir del control judicial negativo de la acusación, dejando librada la decisión de llevar el caso ajuicio al exclusivo arbitrio del fiscal. En Alemania, SCHMIDT propuso abiertamente la supresión de la fase intermedia por considerarla superflua y dilatoria, invocando la calidad de órgano cuasi-judicial del Ministerio público y sus deberes de objetividad y búsqueda de la verdad material a que lo obliga el ordenamiento jurídico, circunstancias que impedirían formular acusaciones inconducentes. Sin embargo, ya hemos denunciado los problemas que plantea la atribución de tales características al órgano estatal, cuya principal función es llevar adelante la persecución penal de los delitos; esta tarea entra en conflicto abiertamente con su deber de custodio de la legalidad, el que eventualmente puede ser sacrificado en aras de la primera.[240]

III. LA FASE INTERMEDIA EN EL MODELO PROCESAL PERUANO

La finalidad principal de la investigación preparatoria en el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado en el Perú consiste en recoger evidencia probatoria suficiente que permita fundar una acusación en contra de una persona por un hecho constitutivo de delito. Sin embargo, cuando ello ocurre, no se pasa automáticamente al juicio. Se contempla en forma expresa, en el Código Procesal Penal, una fase intermedia que separa la investigación

[239] En este sentido, claramente, SCHLÜCHTER (E.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 106.
[240] Ibídem

preparatoria de la realización del juicio. Dicha etapa comienza con la formulación de la acusación y culmina con la resolución jurisdiccional de apertura del juicio oral. En comunión con la gran mayoría de los sistemas del mismo ámbito jurídico-cultural, la etapa intermedia cumple con la función de control negativo de la acusación que habitualmente se le asigna en la legislación comparada. A di9ferencia del modelo chileno en que la etapa intermedia tiene por objeto el control de la acusación de manera meramente formal y no sobre su mérito. Sólo abarca la corrección de los vicios formales de que ella pudiera adolecer, así como la resolución de todas aquellas incidencias que pudieran dilatar la realización ininterrumpida del juicio.

Como señaláramos antes, en Alemania el tribunal examina el fundamento de la acusación o del requerimiento de cierre del procedimiento, decidiendo si debe procederse a la apertura o no del procedimiento principal; incluso, existe la posibilidad de que se ordene la realización de una instrucción complementaria.

En la regulación del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que constituyó una importante fuente del Nuevo Código Procesal Peruano, se contempla expresamente la posibilidad de que el tribunal rechace la acusación y dicte sobreseimiento (absolución anticipada) con la consiguiente clausura de la persecución penal en dos hipótesis: a) cuando resulte con evidencia la falta de alguna de las condiciones que habilita la imposición de una pena, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección; y b) cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente, la apertura del juicio (art. 344). En nuestro Modelo procesal, tales hipótesis quedan enmarcadas dentro del inc. 2 del Art. 344

a) *El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;*

b) *El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;*

c) *La acción penal se ha extinguido; y,*

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

En la Exposición de Motivos del Código Modelo se justifica la opción adoptada al señalarse que "el juicio oral y público es de tal importancia, tanto para quien es perseguido en él cuanto para la misma administración de justicia, que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal. Desde este punto de vista, se tiende a racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación. En el Código, por ello, el tribunal controla el requerimiento de apertura del juicio, sin encontrarse vinculado a los dictámenes del ministerio público, por tanto, con facultades para sobreseer (absolver anticipadamente) o modificar la acusación".

IV. AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN

Una vez que se han presentado los escritos y requerimientos o vencido el plazo máximo que se ha establecido de 10 días, el Juez de la investigación preparatoria que dirige la Etapa Intermedia señalará día y hora para la realización de la audiencia preliminar. Esta audiencia se deberá desarrollar dentro de un plazo no menor de cinco ni mayor de veinte días. Si los jueces de la investigación Preparatoria no cumplen con su obligación de convocar a la Audiencia preliminar, es atribución de los Fiscales requerir al Juez por escrito, las veces que sea necesario, a fin de que establezca el día y la hora para dicha Audiencia[241].

Es en este momento en que el Fiscal puede hacer las últimas modificaciones, aclaraciones o integraciones que crea pertinentes y no varíen sustancialmente el escrito de la Acusación, es decir, correcciones sobre cuestiones de forma más no de fondo. Ello, por la simple razón de que una modificación de fondo del pliego acusatorio, implicaría la vulneración de los propios derechos constitucionales

[241] Instalada la audiencia, el Juez dará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

del imputado y de su defensa quienes no pueden ser sorprendidos con cambios que alteren la sustancia misma de la acusación.

Por otra parte, dentro del marco de las reglas garantistas del proceso penal de naturaleza acusatoria, se hace evidente que la igualdad de las partes no puede ser alterada con cambios sobre la marcha con respecto a temas que son capitales en cuanto va a ser el argumento fundamental de la acusación.

Una vez terminada la audiencia de control de la acusación y después de haber absuelto los requerimientos efectuados por los demás sujetos procesales, el Juez responsable de la etapa intermedia y de acuerdo al supuesto concreto, puede proceder a:

Resolver de inmediato todas las cuestiones planteadas. No obstante, por razones de tiempo o complejidad de los temas tratados, esta resolución puede ser diferida hasta por 48 horas de tiempo

Asimismo, si luego del debate se hace evidente deficiencias en la acusación de la Fiscalía que implique la necesidad de un nuevo análisis de parte del Fiscal, suspendiendo la audiencia por cinco días, devolviendo el Juez la acusación a éste para las correcciones del caso. Una vez hechas estas correcciones, la acusación volverá a ser entregada al Juez, con lo que la audiencia se reanudará.

A partir de allí, se continúa con la secuencia de la Audiencia en la cual, si se presentan, por parte de la defensa, elementos de juicio razonablemente contundentes respecto a la calidad de inocencia del acusado, el Juez podrá ordenar de inmediato el sobreseimiento del caso, el cual tiene naturaleza definitiva con el valor de cosa juzgada. Aunque si procede impugnación por parte del Fiscal, ello no impide que se ponga de inmediato en libertad al detenido.

Si no existen argumentos para el sobreseimiento del caso y una vez que se han resuelto todas las cuestiones planteadas, el Juez está apto para dictar el auto de enjuiciamiento. Éste consiste en la resolución por la cual la autoridad jurisdiccional encargada de la etapa intermedia dispone que el caso pase a la etapa principal del proceso penal: el juicio oral. La resolución, bajo sanción de

nulidad (353 NCPP)[242] deberá contener todos los aspectos que hace mención el artículo 353 del NCPP.

V. CONCLUSIONES

Se hace evidente que la etapa intermedia constituye para los modelos procesales de naturaleza acusatoria, una fase de enorme importancia donde se centraliza el ejercicio de los sujetos procesales con respecto a sus respectivas posiciones.

Como hemos señalado repetidamente, el procedimiento intermedio o etapa de preparación del juicio oral cumple la función de control *negativo de* la acusación a diferencia de otros modelos latinoamericanos, como el chileno que he citado como referente. Esto significa que el juez está facultado para rechazar la apertura del juicio oral, ya sea por razones fácticas o jurídicas.

Por otro lado, posee la función de integración o revisión del resultado de la instrucción que constituye el sustento fáctico de la acusación, como sucede en Alemania o España.

Al igual de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso alemán, en que el tribunal puede rechazar la apertura del juicio oral cuando, por motivos de hecho o de derecho, sea esperable una sentencia absolutoria; cuando existan impedimentos procesales definitivos o el hecho imputado en la acusación no sea constitutivo

[242] Artículo 353 Contenido del auto de enjuiciamiento.-
1. Resueltas las cuestiones planteadas, el Juez dictará el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución no es recurrible.
2. El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad:
   a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados;
   b) El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias;
   c) Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior;
   d) La indicación de las partes constituidas en la causa.
   e) La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral.
3. El Juez, si resulta necesario, de oficio o según el pedido de parte formulado conforme a lo dispuesto en el numeral 1 c) del artículo 350, se pronunciará sobre la procedencia o la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado.

de delito. Asimismo, puede decidir el sobreseimiento temporal de la causa por rebeldía u otros obstáculos procesales temporales

Los hechos y circunstancias que serán materia del juicio son aquellos contenidos en el escrito de acusación, eventualmente depurada de vicios formales. La posibilidad de discutir nuevos hechos en el juicio, esto es, hechos que no hayan sido incluidos en el escrito de acusación, se encuentra proscrita no sólo por la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia, sino también por la prohibición de sorpresa o prohibición de indefensión, garantías estrechamente vinculadas entre sí.

Por último, las pruebas que se rendirán en el curso del juicio sólo podrán ser aquellas ofrecidas por los intervinientes en la fase escrita del procedimiento intermedio o por el acusado, al inicio de la audiencia de preparación del juicio oral. Ningún interviniente podría, por ejemplo, presentar pruebas en el juicio oral que no hubiesen sido previamente ofrecidas y admitidas por el tribunal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ (A.), "El control de la acusación", en *Revista Pena y Estado N" 2* (Ministerio público), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997

- ALVAREZ (A.), "El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio público", en AA.W. *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico,* Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993

- DELMAS-MARTY (M.) (Dir.), *Procesos penales en Europa,* Ed. Edijus, Zaragoza, 2000

- FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Ed. Trotta, Madrid, 1995

- HENDLER (E.), *Derecho penal y procesal penal ele los Estados Unidos,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996

- JAEGER (W.), *Paideia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1993MOMMSEN (T.), *Derecho penal romano,* Temis, Bogotá, 1991

- ORMAZABAL (G.), *El período intermedio como fase autónoma del proceso penal,* McGraw-Hill, Madrid, 1997

- ORTELLS RAMOS en "Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia y juicio oral)" en Revista General de Derecho, 1993 GIMENO SENDRA (V.), *Derecho Procesal,* tomo II *(Proceso Penal),* Valencia, 1992

- PETRIE (A.), *Introducción al estudio de Grecia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1988

- VARELA CASTRO (L.), en ANDRÉS IBÁÑEZ (P.) y otros: *La reforma del proceso penal,* Tecnos, Madrid, 1990

CONSTITUCIONALISMO BIOCRATICO

Por: SEGUNDO CARLOS VALDEZ ROJAS

Juez Penal Unipersonal de Paita, Docente Universitario, Articulista Sobre Biocracia e Ingeniería Constitucional

Una de las funciones del Derecho consiste en identificar los valores implicados en cada caso concreto, en cada situación conflictiva. Pero a este respecto debe tenerse presente que **el siglo XX se ha caracterizado por el gran desarrollo y eficacia de los medios, pero al mismo tiempo por una confusión en los fines.** En primer lugar, la sociedad debe revisar sus propias valoraciones, sus principios axiológicos, en relación con los nuevos conflictos que se presentan en la realidad social. No existe una identidad o coincidencia entre el supuesto de hecho (nuevo) y los valores que se pretenden aplicar o que parecen aplicables; se trata de una subsunción errónea entre hecho y valor.

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL CIUDADANO "BIOÉTICO"

El Derecho Constitucional presenta una enorme potencialidad, tanto como receptor de los derechos humanos, como de instrumento para resolver los conflictos que de éstos emergen, En el constitucionalismo comparado moderno, indudablemente, constituyen una novedad el reconocimiento de algunos derechos relacionados con el genoma humano y las biotecnologías. Por lo demás, este proceso, que en sus inicios ha sido lento, es lógico: si los derechos

humanos relacionados con estas materias se han asentado en el Derecho Internacional, Así, en la Constitución de la Confederación Helvética (Suiza) se comenzó introduciendo el siguiente texto (1992): "El material genético de una persona no podrá ser analizado, registrado o revelado sin su previo consentimiento, salvo cuando expresamente lo autorice o lo imponga la ley" (art. 24). Por su parte la Constitución Portuguesa ha proclamado en este sentido (1997): "La ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, en concreto en la creación, desarrollo y utilización de las tecnologías y en la experimentación genética" (art. 26.3).

Estos preceptos constitucionales constituyen las primeras referencias con este rango a la libre autonomía del individuo, al patrimonio genético y a un derecho a la identidad genética del ser humano como derechos del CIUDADANO BIOÉTICO. En el ámbito internacional, aparecen en la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y en el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que incluye la exigencia de la necesidad de respetar al ser humano, tanto en cuanto persona como por su pertenencia a la especie humana. (…); El reconocimiento de la diversidad biológica de todos los seres vivos, por consiguiente, incluyendo la especie humana, como un bien merecedor de protección; El derecho a la participación en los beneficios que proporcionan los avances científicos y tecnológicos en cuanto tales, sin limitaciones basadas en diferencias culturales, geográficas o de recursos, lo que exige, entre otras medidas, la libre circulación del conocimiento científico y asimismo las referencias al derecho a la vida, base y soporte de todos los demás derechos.

Algo semejante puede apuntarse de la Constitución brasileña y la Constitución española. SE REQUIERE ENTONCES, UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA QUE RESPETE Y LE OTORGUE EL MAYOR PERFIL POSIBLE Y FUERZA DECISORIA A LA CIENCIA Y AL CONOCIMIENTO EN FUNCIÓN DE LA VIDA DIGNA, CON FUNDAMENTO EN LA BIOÉTICA de manera tal que podamos vivir el resto del tiempo que nos reserva la existencia de la naturaleza, en la forma más digna posible. EXISTE LA NECESIDAD DE UN SISTEMA CONSTITUCIONAL BIOCRÁTICO, PORQUE LAS NORMAS JURÍDICAS TIENEN EL FIN PRINCIPAL DE

RESPETAR LA VIDA DIGNA Y LA DIMENSIÓN AMBIENTAL, ESENCIAL PARA LA EXISTENCIA HUMANA".

En este sentido, se considera que ES NECESARIO NO SOLO UNA REFORMA, SINO UNA TOTAL TRANSFORMACIÓN DE NUESTRA CONSTITUCIÓN Y UN SALTO CUALITATIVO HACIA LA BIOCRACIA, ENTENDIDA ÉSTA COMO EL GOBIERNO Y PODER DE LA VIDA. La norma máxima debe contener principios nuevos que cambien en forma integral LA CONCEPCION DEL PENSAMIENTO, LA SOCIEDAD Y LA NATURALEZA.

DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES – EL HABEAS CORPUS

Por: MARISSA VIOLETA VIZCARRA PORTARO

Fiscal Adjunta Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Mala - Distrito Judicial de Cañete

***SUMARIO*: I**. Introducción, **II**. Concepto y Características, **III**. Procedimiento, **IV**. Protección del Habeas Corpus a Nivel Internacional, **V**. Protección del Habeas Corpus a Nivel Nacional, **VI**. Tipos, **VII**. Conclusiones, VIII. Bibliografía

Una precisa revisión del Hábeas Corpus y su importancia como garantía ad hoc de la libertad personal a la luz del Derecho Constitucional y de la propia jurisprudencia.

I. INTRODUCCION

El Habeas Corpus es una institución de larga data; que – para Domingo García Belaunde – se remonta al siglo XII; siglo en el que en Inglaterra se reconocieron diversas libertades y derechos. Brasil fue el primer país en incluir la figura del hábeas corpus en Latinoamérica, insertándolo en su Código Penal de 1830 y Código de Procedimientos Penales de 1832. El Habeas Corpus fue incluido por primera vez en nuestro país a través de una ley en el año 1897, posteriormente en las Constituciones Políticas de los años 1920, 1933 y 1979.

El proceso de Habeas Corpus en nuestro país, se encuentra consagrado en la Constitución Política y bajo su esfera de protección se encuentran todos los derechos establecidos en el artículo 25º del Código Procesal Constitucional; que incluye los derechos a la integridad personal, inviolabilidad de domicilio, entre otros.

Se encuentra incluido en el artículo 200º de la Carta Magna, donde se indica que el mismo procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos individuales conexos. En nuestra Constitución, conserva el nombre de "acción de habeas corpus"; sin embargo, en el Código Procesal Constitucional se habla del "proceso de habeas corpus"; entendiendo entonces que es una garantía constitucional y a su vez es un proceso judicial con contenido constitucional.

Su finalidad consiste reponer al estado anterior el derecho vulnerado o violado; y a su vez busca sancionar al responsable o responsables de dicha vulneración o violación de su libertad personal y conexos. Es un procedimiento rápido y sencillo, además de ser fácilmente accesible a cualquier ciudadano al no revestir formalidades que lo hagan engorroso o complicado. Existen diversas modalidades de Hábeas Corpus, según la libertad o derecho conexo violado o vulnerado.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La Constitución Política del Perú amplía el ámbito de protección de esta garantía constitucional agregando los derechos conexos que guardan relación con la libertad individual.

Artículo 200º.- *Son garantías constitucionales:*

1.- La acción de hábeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

Características

Raúl Chanamé Orbe describe las características del proceso de hábeas corpus, las mismas – señala – que son importantes y parten de su propia naturaleza, y otras que le atribuye la legislación procesal constitucional a modo de reglas de aplicación, siendo las siguientes:

- *Sumario;* goza de un procedimiento rápido, fulminante, inmediato, bajo responsabilidad. Exige la preferencialidad por parte de los jueces bajo s u responsabilidad.

- *Subsidiario;* si no existe recurso alguno o si se agotó todo recurso en defensa de la libertad personal vulnerada, el habeas corpus se convierte en el único instrumento de defensa de esta libertad constreñida por una resolución que a decir de César Landa, no se ajusta al derecho constitucional.

- *Informal;* por ser un procedimiento sumario, debe ser lo menos complejo posible, pues en juego está la libertad de un procesado o denunciado, incluso ser presentado verbalmente ante el Juez Penal.

- *Reglas aplicables*; según el artículo 33º del Código Procesal Constitucional:

    - No cabe recusación, salvo por el afectado o quien actué en su nombre.

    - No caben excusas de jueces ni secretarios.

    - Jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales.

    - No interviene el Ministerio Público.

    - El Juzgador designará un defensor de oficio al demandante si éste lo pidiera.

- Las actuaciones procesales son improrrogables.[243]

III. PROCEDIMIENTO

En los casos de DETENCION.- La demanda se interpone ante el Juez Penal, quien deberá constituirse en forma inmediata al lugar donde se está llevando acabo la detención y solicitar se haga presente ante él el detenido y el fundamento por el cual lo está; una vez que se ha verificado tal situación, el Juez dispone que sea liberado; posteriormente se citará al o los responsables de dicha detención arbitraria a fin de que fundamenten los motivos de la misma y resolverá sobre el fondo.

En otros casos de VIOLACION A LA LIBERTAD PERSONAL.- El Juzgador citará al autor o autores de la transgresión a fin de que fundamenten el motivo de la misma y resolverá en el término de 24 horas. En cualquiera de los casos proceden recursos impugnatorios.

IV. PROTECCIÓN DEL HABEAS CORPUS A NIVEL INTERNACIONAL

La declaración Universal de los Derechos Humanos; adoptada por Asamblea General en 1948, en el artículo octavo indica que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.*

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* aprobada en 1948, en su artículo XXV, inciso 3, sobre derecho de protección contra la detención arbitraria, indica que *todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad*.

[243] CHANAMÉ ORBE, Raúl. La Constitución Política Comentada. Jurista Editores. Cuarta Edición. Julio 2007. Pág. 490.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* adoptado en 1966, artículo 9, numeral 4 señala que *toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*

De igual forma, en la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* celebrada en Costa Rica - 1969 se aprueba el llamado Pacto de San José, y en su artículo 7, numeral 6, sobre derecho a la libertad personal, nos dice que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En su artículo 25, sobre protección judicial, señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

V. PROTECCION DEL HABEAS CORPUS A NIVEL NACIONAL

La Constitución Política del Perú, en su artículo 200º señala que *son garantías constitucionales: 1.- La acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos*.

La CIDH ha establecido que la vigencia del hábeas corpus no puede ser suspendida, incluso durante los regímenes de excepción, criterio acogido por el artículo 200º de la Constitución, constituyendo un aporte importante respecto de la Constitución de 1979. De este modo el hábeas corpus en estos casos, procederá tanto para proteger los derechos no restringidos – teóricamente la libertad individual puede no restringirse – así como para controlar la razonabilidad y

proporcionalidad de las afectaciones que se verifiquen con relación a los derechos restringidos.[244]

El Código Procesal Constitucional en su artículo 1º señala que Los procesos constitucionales tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Los artículos 25º y siguientes, señalan los derechos protegidos así como el procedimiento y las normas especiales en relación al proceso de hábeas corpus.

¿Un menor de edad puede interponer un Hábeas Corpus?

Según lo que establece el artículo 26º del Código Procesal Constitucional, las demandas de este tipo pueden ser interpuestas por la persona que se considere perjudicada así como por cualquiera otra en su favor, sin que exista la necesidad de que sea su representante y sin que se requiera un abogado para estos efectos. Asimismo, el artículo 186º del Código de los Niños y adolescentes señala que un adolescente puede interponer una demanda de Hábeas Corpus, entregándole al mismo capacidad procesal por propio derecho para que interponga una demanda de este tipo contra una resolución que considere que va en contra de su derecho a la libertad personal.

¿Cómo se presenta la demanda de Hábeas Corpus y ante quien se presenta?

No; según lo que establece el artículo 27º del Código Procesal Constitucional, las demandas de Hábeas Corpus pueden presentarse por escrito y también en forma verbal, asimismo se puede presentarse a través de otros medios como los electrónicos, de comunicación, entre otros. En cualquier caso – por escrito o por otro medio – se presenta ante el juez. En caso de que la demanda se presente en forma verbal se hace frente al juez o el secretario de juzgado, quienes levantarán un acta sobre los hechos relatados

VI. TIPOS

[244] HAKANSSON NIETO, Carlos y otros. La Constitución Comentada. Tomo II. Gaceta Jurídica S.A. Editorial El Buho EIRL. Primera Edición. Diciembre 2005. Pág 1070.

El Tribunal Constitucional al respecto ha mencionado que, *en la Opinión Consultiva OC-9/87 N.° 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se justificó y convalidó la ampliación de los contornos del hábeas corpus al manifestarse que "es esencial la función que cumple el Hábeas Corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".*[245]

Asimismo, desarrolla una serie de tipos de habeas corpus que son conformados por los siguientes:

1. ***HABEAS CORPUS REPARADOR:*** Es utilizado cuando existe una privación arbitraria o ilegal de la libertad física a raíz de una orden policial, mandato judicial – penal, civil o militar -, de una decisión particular para internar a una tercera persona en un hospital psiquiátrico sin un proceso previo de Interdicción Civil, de una negligencia penitenciaria cuando un sentenciado siga internado en un penal u otro similar pese ha haber cumplido con su pena, entre otros.

2. ***HABEAS CORPUS RESTRINGIDO:*** Es utilizado cuando la libertad física o de locomoción es objeto de obstáculos y perturbaciones que constituyen una restricción a su libertad; es decir, no se priva de libertad a la persona, pero sí se la limita a determinado nivel; tales como prohibición de ingreso a determinado lugar, vigilancia domiciliaria arbitraria, reiteradas citaciones policiales, seguimientos sin fundamento legal que perturban la tranquilidad

3. ***HABEAS CORPUS CORRECTIVO:*** Se utiliza cuando existe agravio respecto de las condiciones en que una persona se encuentra cumpliendo una pena privativa de la libertad, protegiendo que el trato a la misma se base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

[245] Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 2663-2003-HC

4. ***HABEAS CORPUS PREVENTIVO:*** Se utiliza cuando existe una amenaza inminente de que se concrete o se lleve acaba la privación de libertad de un ciudadano; vulnerando las leyes y la Constitución. Empero dicha amenaza inminente debe encontrarse en proceso de ejecución.

5. ***HABEAS CORPUS TRASLATIVO:*** Es utilizado contra la mora en un proceso judicial y otras violaciones al principio del debido proceso y/o tutela jurisdiccional efectiva, como en los casos de que se prive a una persona de su libertad y demore el órgano judicial para resolver la situación jurídica del detenido.

6. ***HABEAS CORPUS INSTRUCTIVO:*** Raúl Chanamé Orbe nos indica que *Cuando una persona detenida y desaparecida por una autoridad o particular que niega la detención y por ello es imposible ubicarla, se ocasiona a la persona afectada la violación de sus derechos a la libertad, a la comunicación, defensa, integridad física e incluso derecho a la vida. Tiene como objeto individualizar al presunto responsable para proceder a denunciarlo.*[246]

7. ***HABEAS CORPUS INNOVATIVO:*** Se utiliza solicitando la intervención jurisdiccional a fin de que no se repita en el futuro - en el especial caso de la persona afectada - la amenaza o violación a la libertad personal sufrida.

8. ***HABEAS CORPUS CONEXO:*** Es utilizado cuando se presentan situaciones que no se encuentran previstas en los tipos de habeas corpus anteriormente mencionados; como por ejemplo el derecho a no ser obligado a reconocer culpabilidad contra sí mismo, derecho a un abogado defensor de su elección, entre otros.

Entonces; teniendo en consideración las modalidades o tipos de hábeas corpus aplicados a los casos concretos; se puede decir que éste *procede ante afectaciones de un hecho u omisión, es decir, de una conducta comitiva (acción) u omisiva. Ahora bien, la omisión debe consistir en la abstención de realizar un acto*

[246] CHANAMÉ ORBE, Raúl. La Constitución Política Comentada. Jurista Editores. Cuarta Edición. Julio 2007. Pág. 492.

o comportamiento de cumplimiento obligatorio, de acuerdo al artículo 2º del C.P:C: Así, la autoridad penitenciaria que no otorga libertad a un interno que ya cumplió su condena o el juez que omite resolver la alegación de homonimia que hace una persona detenida como consecuencia de una requisitoria legal.[247] Por tanto, el hábeas corpus procede contra donde ya ha sido afectada la libertad y también ante la amenaza de la afectación de este derecho.

VII. CONCLUSIONES

El hábeas corpus tiene como objetivo la protección de la libertad personal de los ciudadanos en cualquiera de sus modalidades, ante una violación o amenaza de violación a los mismos, básicamente la libertad física y locomotora.

El proceso de hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal y derechos conexos.

El hábeas corpus se encuentra incluido en la declaración universal de derechos humanos.

Aunque en nuestra Constitución Política se hable de "garantía constitucional", en realidad se trata de un proceso constitucional de tutela inmediata, orientado a la vigencia de la libertad de los individuos.

Es un proceso garantista, que por su inmediata tutela a la libertad individual, no guarda formalidad para su presentación, por tanto ser presentado por el mismo agraviado (a) o por una tercera persona; incluso en determinadas circunstancias puede ser interpuesto por un adolescente si considera haber sido afectado en su derecho.

Existen varios tipos de Hábeas Corpus según la afectación de la persona, los mismos que se interponen ante un juez, quien debe dar preferencia a este tipo de procesos por su calidad de sumario.

[247] HAKANSSON NIETO, Carlos y otros. La Constitución Comentada. Tomo II. Gaceta Jurídica S.A. Editorial El Búho EIRL. Primera Edición. Diciembre 2005. Pág 1068.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- HAKANSSON NIETO, Carlos y otros. La Constitución Comentada. Tomo II. Gaceta Jurídica S.A. Editorial El Buho EIRL. Primera Edición. Diciembre 2005.

- CHANAMÉ ORBE, Raúl. La Constitución Política Comentada. Jurista Editores. Cuarta Edición. Julio 2007.

- DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA. Gaceta Jurídica Nº 116. Mayo 2008. Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.