

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

**CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.  
Profesor de Derecho Penal de  
la Pontificia Universidad Católica del Perú y  
de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

## SUMARIO

I. Introducción. - II. El principio de correlación.-  
III. Declaración de Inconstitucionalidad y Ley N° 27569.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. En el ámbito de la justicia penal, sin duda, los fallos más trascendentes del Tribunal Constitucional, entre otros, han sido los recaídos en los casos "Rutaldo Elmer Alejo Saavedra", Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC de 18.1.2001<sup>1</sup>, y "acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 896 y 897", STC de 15.11.201<sup>2</sup>). La trascendencia de ambas sentencias radica en lo conflictivo de los temas que aborda y, por cierto, en los cambios y problemas que -a futuro- plantea a la jurisdicción penal ordinaria.

2. La primera sentencia resuelve un recurso extraordinario planteado por el Sr. Alejo Saavedra contra una sentencia de la Sala Superior de Derecho Público de Lima recaída en una acción de *Hábeas Corpus* interpuesta por él.

El núcleo de la causa es el siguiente: el citado demandante fue acusado ante la jurisdicción penal ordinaria por la comisión del delito de terrorismo (artículos 319 y 320.1 del Código Penal (en adelante C.P.); acto terrorista realizado por miembro de organización terrorista), que es una modalidad agravada del tipo básico de "acto terrorista". La Sentencia de la Sala Penal Superior, confirmada por la Corte Suprema, lo condenó, sin embargo, por el delito de "colaboración terrorista", previsto en el artículo 321.4 CP: organización de cursos o de centros de instrucción de grupos terroristas, que es una figura penal que integra los delitos cometidos con propósito terrorista y que está sancionada con una pena menor.

3. La segunda sentencia resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra el Decreto Legislativo N° 695 -Ley contra el "Terrorismo Agravado", que la Ley N° 27235, de 20.12.1999, denominó "Terrorismo Especial"- y el Decreto Legislativo N° 897 - Ley de Procedimiento Especial para la investigación y juzgamiento de los "Delitos Agravados", parcialmente derogada por la Ley N° 27472, de 4.6.2001.

El Tribunal Constitucional declaró la INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA de los dos Decretos Legislativos demandados y, concurrentemente, la INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO: 1) del tipo básico de terrorismo

<sup>1</sup> Diario Oficial El Peruano, 9.8.2001, pp. 4280-4291. Exp. N° 1028-2000-HC/TC

<sup>2</sup> Diario Oficial El Peruano, 17.11.2001, pp. 3127580212192. Exp. N° 035-2001-4/TC

especial y del hiper agravado de colaboración calificada: información para la concreción de planes criminales de la organización terrorista; 2) de las atribuciones de la Policía en sede preliminar referidas a la detención preventiva, la incomunicación y la designación al reo de un abogado por la autoridad policial; 3) de casi todas las especialidades procedimentales incorporadas en las etapas de instrucción y enjuiciamiento; y, 4) del íntegro de las potestades policiales en la investigación de los delitos agravados, referidas a la preeminencia policial sobre el Fiscal (artículos 1 a)), a la detención del implicado y a la ampliación de la detención preventiva por 15 días (artículos 1 b), c), f)), así como a la designación por la policía de un defensor de oficio para el detenido (artículo 1 g)).

## II. EL PRINCIPIO DE CORRELACIÓN

1. Existe una postura jurisprudencial muy antigua del Supremo Tribunal en exigir correlación "congruencia" se denomina en el proceso civil: "*sententia debet esse conformis libello*" entre el delito acusado y el delito condenado, que en nuestro ordenamiento procesal tiene un hilo de continuidad a partir del auto apertorio de instrucción y del auto de enjuiciamiento.<sup>3</sup> Por lo demás, el artículo 298.3 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) sanciona con la nulidad insanable del fallo "...si se ha condenado por un delito que no fue materia ... del juicio oral", esto es, de la acusación fiscal; y, el artículo 263 CPP obliga al Fiscal a solicitar la formulación de una acusación ampliatoria "...si de los debates resultara que el delito revista un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación...".<sup>4</sup> El citado principio, en consecuencia, no está expresamente formulado en el Código, por lo que el deber de correlación -como límite a la potestad de resolver- hay que deducirlo de la sanción procesal del citado artículos 298.3 CPP.

El hecho que la Ley Procesal Penal sancione la vulneración del "objeto del proceso", que es en buena cuenta de lo que se trata, con la nulidad insanable del fallo, no es sino el resultado de reconocer la importancia y gravedad de tal institución. Señala Roxin que el objeto procesal tiene tres funciones: designa el objeto de la litispendencia, demarca los límites de la instrucción y de la obtención de la sentencia; y, define la extensión de la cosa juzgada, cuya importancia es idéntica en todas ellas.<sup>5</sup> Se exige, en suma, la unidad del objeto procesal entre la acusación y la sentencia (*eadem res*).

2. Saltando etapas en la evolución de la jurisprudencia penal ordinaria, ha sido en el curso de 1998 que el Supremo Tribunal perfiló con mayor nitidez su posición. Así tenemos la Ejecutoria de 15.9.98, recaída en el "caso Miguel Ange Chirre Hurtado y otros",<sup>6</sup> en la que la desvinculación, tal como se la conoce en la doctrina procesalista, fue denominada -siguiendo la doctrina alemana-

<sup>3</sup> VILLACENCIO, Víctor Modesto. *Derecho Procesal Penal*, Imprenta Rosas, Lima, 1965, pp. 270-280. Dicho autor da cuenta de, por lo menos dos Ejecutorias Supremas emblemáticas al respecto: a) "En auto de sentencia que condena a un acusado por delito distinto del contemplado en la acusación fiscal" (EJ. Sup. de 21.3.1945); y b) "No procede condenar por un delito que no ha sido materia de instrucción ni de la acusación fiscal" (EJ. Sup. de 20.11.1952).

<sup>4</sup> La jurisprudencia "antigua", conforme señala GARCÍA RADA, Domingo "... a su vez ha prohibido en quei casos no existe nulidad que declarar a pesar de que aparentemente se ha condenado por delito diferente al inculcado. Si los hechos instruidos son los mismos que fueron apreciados por el Juegador, pero mal calificados. Tal es el caso de la condena por delito de lesiones, pero se instruyó proceso por tentativa de homicidio. La Corte anuló la calificación que se dio en el mismo rubro delictivo y declaró no haber nulidad" (Revista Jurídica, 1965, p. 298). "Si el Tribunal condenó por encubrimiento pero fueron procesados por robo, no existe nulidad inadmisible la Suprema o cambia la tipificación y declarar no haber nulidad" (Revista de Jurisprudencia Peruana, 1965, p. 656) Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Sesana, Lima, 1990, p. 304.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 160.

<sup>6</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Procesal Penal*, tomo II, Ed. Gaceta Jurídica, 1999, pp. 91/92. Existe, por ejemplo, una de 9 de junio de 1998 bajo ese mismo derecho (Exp. N° 2158-98, JAEN - LAMAYDOLE).

"determinación alternativa".<sup>7</sup>

Dijo el Tribunal Supremo en esa ocasión que la desvinculación será correcta, siempre que concurren los siguientes elementos: a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y pruebas; c) preservación del derecho de defensa; y, d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. Dogmáticamente, apuntó la Sala Penal Suprema, la desvinculación se encuentra indisolublemente unida a los principios de legalidad penal, de instrucción y de la verdad real, de suerte que cumple similar propósito que el *iura novia curia* del derecho privado.

3. Creo, sin embargo, que la denominación que acriticamente utiliza la Corte Suprema, a partir de sus postulados, no es del todo exacta, pues confunde sus aplicaciones prácticas con el desarrollo jurídico realizado por la doctrina y jurisprudencia germanas.

3.1 Debe diferenciarse –en los términos de la dogmática alemana–, como enseña Leone, lo que jurídicamente es desvinculación o inmutabilidad de la imputación con determinación alternativa de los hechos o declaración alternativa de certeza. La primera es un instrumento en manos del órgano jurisdiccional que permite, sin modificar los hechos expuestos en la acusación fiscal y que fue objeto del debate judicial, dar al mismo una calificación o definición jurídica diferente; la segunda, en cambio, importa la posibilidad de imputar un hecho distinto, alternativo o diferente, al propuesto en la acusación y sobre bases de tipos penales alternativos o de conductas que soportan una alternatividad.<sup>8</sup>

3.2 La determinación alternativa del hecho, como aclara Cury Urzúa, constituye en principio el único punto auténtico de contacto entre el principio *in dubio pro reo* y el derecho penal sustantivo. Ello se presenta, dice el citado autor, en aquellos casos en los que, de acuerdo con la prueba recogida en el proceso, es indudable que el sujeto ha cometido uno de entre dos o más delitos, pero no se sabe con certeza cuál de entre ellos [v.gr.: existe certidumbre de que el autor se apoderó de una cosa ajena, pero no si, para hacerlo, empleó un engaño (estafa) o la sustrajo furtivamente (hurto), siendo, en todo caso, seguro que se valió de uno de esos dos medios]. Así las cosas, siempre en una lógica excepcional, desde el derecho procesal es de exigirse certeza de que el imputado ejecutó una de dos o más acciones, cada una de las cuales satisface seguramente las exigencias de otros tantos tipos penales, y siempre que la duda relativa a la que efectivamente realizó sea imposible de superar; y, desde el derecho material es menester que los tipos susceptibles de ser aplicados sean semejantes, no sólo en el aspecto formal, sino también en cuanto a la índole del desvalor de que son portadoras las conductas descritas por ellos; equivalencia psicológica y ética del contenido de injusto.<sup>9</sup>

3.3 La determinación alternativa del hecho surgió como una transacción entre el principio del Estado de Derecho y las exigencias de la política criminal. Según Maurach esto último exige reducirla a los márgenes más estrechos posibles; y, según opinión dominante y jurisprudencia sobre la materia, susceptibles de

<sup>7</sup> Círculo referencial jurisprudencial: SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Grijley, Lima 1998, pp. 571/577.

<sup>8</sup> Vid. LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. II, Ed. EUBA, Buenos Aires, 1963, p. 600.

<sup>9</sup> CURY URZÚA, Enrique: *Guía Penal – Parte General*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 95/91.

determinación alternativa son sólo aquellos actos con un contenido de ilícito esencialmente equivalente, "circunstancias de hecho comparables desde la perspectiva ético-jurídica y psicológica" (BHG 9, 394).<sup>10</sup>

3.4 En esa misma perspectiva, explica Jescheck, existen casos en los que según el convencimiento del juez resulta evidente que el acusado, caso de no haber cometido el hecho del que se le acusa y que de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* tuviera que ser absuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. En estos casos se admite, bajo ciertas condiciones, que se condene por la ley que imponga una pena menos grave con una fundamentación alternativa de los hechos. Se requiere como presupuestos: a) que se hayan agotado todos los medios probatorios procesalmente permitidos, que exista certeza de que el acusado solamente pudo haber actuado en una u otra forma, y que los reproches alternativos deben ser equiparables desde un punto de vista ético-jurídico y psicológico o, mejor aún, buscando la identidad del núcleo del injusto; b) que, más allá de cualquier debate, es unánime la consideración de que es de imponer una condena cuando es seguro que el autor ha cometido un delito determinado en una forma comisiva determinada legalmente a través de una de las dos acciones que desde el punto de vista jurídico son equivalentes, que es lo que se denomina "determinación alternativa equivalente"; y, c) que cuando sea admisible esta institución debe aplicarse la ley más favorable.<sup>11</sup>

3.5 Como es de observarse, la "determinación alternativa" germana tiene una relación más intensa con el Derecho penal material, pero esa relación se plantea a partir de sensibles problemas de insuficiencia probatoria respecto del tipo penal objeto de acusación. No es un problema, como el caso típico de la "desvinculación", derivado de una diferente opción por el Tribunal en orden a la tipificación del hecho acusado y declarado probado en la sentencia. En rigor, constituye el reconocimiento excepcional a una facultad del órgano jurisdiccional de apartarse del delito acusado a fin de evitar una absolución indebida y la aplicación en su caso del *ne bis in idem*, tal como ha sido declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "caso Loayza Tamayo".<sup>12</sup>

Siendo así, desde la perspectiva procesal ello exigirá, por mor del derecho constitucional de defensa y de los principios del contradictorio y acusatorio, no sólo que el Tribunal previamente advierta a las partes la posibilidad de la calificación alternativa, a fin de que se pronuncien al respecto y, en su caso, puedan ofrecer la respectiva prueba, sino también que tal planteamiento se haga en un momento procesal oportuno y compatible con un idóneo reordenamiento del debate.

4. El Tribunal Constitucional, en el citado "caso Rutakio Elmer Alejo Saavedra", consideró: (i) Que resulta un imperativo inexorable que, para los efectos del procesamiento y sanción penal, se debe observar el principio de concordancia entre la acusación y la determinación del tipo penal (habrá querido decir "correlación"), pues en ello reside la garantía de que toda persona contra quien recaer un cargo incriminatorio puede orientar su defensa a partir de argumentos

<sup>10</sup> MAURACH, Bernhard / ZIPF, Heinz: *Derecho Penal – Parte General*, T. I., Ed. Azzurri, Buenos Aires, 1994, pp. 165/167.

<sup>11</sup> JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 194/201.

<sup>12</sup> Vol. 2028H de 17.8.1987. Sus alturas en: SAN MARTÍN CASTRO, César: *Ob. Cit.*, pp. 63/64.

específicamente dirigidos a neutralizar dichas imputaciones (Fundamento Jurídico 2°, b)) y, (ii) que al condenarse a un imputado por un delito distinto del acusado se vulnera su derecho de defensa, porque éste se basó en el delito acusado no en el que fue materia de condena (Fundamento Jurídico 2°, c)).

En puridad de verdad, el Tribunal Constitucional acoge una noción amplia de objeto procesal. Esta concepción ha sido reiterada por dicho Alto Tribunal en el "caso César Humberto Tineo Cabrera" (STC N° 1230-2002-HC/TC, de 20.6.2002).<sup>13</sup> Allí estableció: (i) Que el derecho de defensa no se respeta cuando al variarse el tipo penal por el que un imputado venía siendo juzgado, se le impidió que pueda ejercer eficazmente su defensa, en tanto esta se encontraba destinada a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto del contradictorio (Fundamento Jurídico 189. (ii) Que, por tanto, el Tribunal no puede, sin riesgo de afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en concreto, la exigencia del conocimiento previo de la acusación formulada en su contra, pronunciarse más allá de los términos de la acusación formulada en contra del imputado en el curso del proceso y, de esa manera, sin que tenga la posibilidad real y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan (Fundamento Jurídico 19).

Elo, por consiguiente, exigirá una "reconceptualización" nacional de la denominada "determinación alternativa", o, mejor dicho, de la desvinculación.

5. Aquí es de tomar en consideración un punto referente a los alcances de los principios acusatorios y de contradicción. Al respecto Armenta Deu sostiene que el primero dice de la exigencia de acción penal y de la posición imparcial del órgano enjuiciador, mientras que el principio de contradicción se refiere al derecho a conocer la acusación y a la prohibición de indefensión.<sup>14</sup> Sin duda, el fundamento del principio acusatorio es garantizar la imparcialidad del juez, no propiamente el contradictorio de las partes, lo cual sin duda exige determinar los poderes que cabe atribuir al juzgador y configurar su concreto ejercicio en orden al mantenimiento de su posición de imparcialidad.<sup>15</sup> El principio de contradicción, en palabras de Beling, exige al tribunal que tenga en cuenta las alegaciones fácticas y las proposiciones probatorias de las partes, de tal manera que considere verdaderos todos los hechos no discutidos entre las partes y que haga caso omiso de todos los hechos y medios de prueba no alegados por las partes.<sup>16</sup>

Pedraz Penalva puntualiza que, en puridad, el derecho a ser informado a la acusación es presupuesto de la garantía genérica de defensa y del debido proceso, así como un imperativo inescindible del principio acusatorio; y, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 25.3.1999, "caso Plissier y Sasso v. Francia"), afirma que tal exigencia es una condición esencial de la equidad del procedimiento, para lo cual en materia penal se requiere una información precisa y completa de los cargos que pesan contra un acusado, lo que incluye la calificación jurídica –en verdad, la razón

<sup>13</sup> Diario Oficial El Peruano del 29/6/2002, Año VI, N° 401, (p. 5209/5270).

<sup>14</sup> ARMENTA DEU, Ferrás: *Principio acusatorio y Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 33/34.

<sup>15</sup> DITTELS RAMOS, Manuel: *El proceso penal abreviado – nueva edición*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 203.

<sup>16</sup> BELING, Ernst: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Labor, Buenos Aires, 1963, p. 38.

jurídica de la imputación- que los Tribunales pudieran presentar en su contra.<sup>17</sup>

En rigor, los principios acusatorio y contradictorio son complementarios. Siguiendo a Asencio Mellado, el primero, asociado al axioma *nemo iure sine actore*, identifica todos los datos o elementos necesarios para individualizar la pretensión penal: son el hecho delictivo (suceso histórico o acontecimiento que en su esencialidad, y con referencia a una norma jurídica, es capaz de producir consecuencias punitivas) y la persona del imputado. El segundo, en cuanto se integra al derecho de defensa, cuida que el acusado pueda manifestarse y producir todas las pruebas que estime necesarias a su interés respecto de ese objeto en su conformación inicial y sucesiva.<sup>18</sup>

6. Ahora bien, es de hacer una pregunta clave para evaluar las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema: En verdad, ¿existe una absoluta diferencia entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y la desarrollada por el Tribunal Constitucional? Creo que, desde una perspectiva amplia, no hay oposición manifiesta al respecto. Más bien conceptúo que ha operado una profundización de cara al derecho de defensa y, en buena cuenta, una complementariedad y que, en rigor, el Tribunal Constitucional cubre un vacío esencial en la doctrina del Supremo Tribunal, referido al derecho de defensa, concretado en la interdicción de la sorpresa, vinculado por consiguiente al principio de contradicción y no necesariamente al principio acusatorio, aunque ambos constituyen principios derivados de la garantía genérica de defensa en juicio.<sup>19</sup> Dice al respecto Asencio Mellado que el derecho a la información de la acusación es un requisito ineludible para dar vigencia al principio de contradicción, para que se adopte al proceso de aquel contenido dialéctico que le es consustancial.<sup>20</sup>

El Tribunal Supremo considera la preservación del derecho de defensa como un elemento esencial que integra el instituto de la desvinculación, pero no había problematizado –o llevado a sus últimas consecuencias– su aplicación en los casos concretos. Creo que aquí reside el aporte del Tribunal Constitucional, aunque oscurecido por la parquedad de su razonamiento jurídico, por la hipervaloración de la identidad de la calificación jurídica entre la tipificación fiscal y la judicial en la sentencia y por la ausencia de soluciones jurisprudenciales desde la Constitución, lo que finalmente impide trazar con claridad algunos lineamientos generales.

Debe quedar claro, como apunta Leone, que el imputado tiene un derecho fundamental expresamente reconocido: el derecho de conocer la acusación; y, como correlativa a este derecho, en tanto expresión fundamental del principio del contradictorio, se ofrece la “inmutabilidad de la imputación”, que es una institución que se desdobra en dos reglas esenciales, en cuya virtud el juez puede dar al hecho imputado una definición jurídica diferente, pero no puede

<sup>17</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho Procesal Penal* (Torro), Ed. Oveix, Madrid, 2000, pp.250/261. El principio acusatorio, desde el mencionado axioma, no permite que nadie pueda ser condenado por un hecho del que antes no se le ha advertido que se le imputaba, lo cual a su vez descansa en el derecho de defensa, que se vulnera si, al desconocer un motivo de acusación determinante de la condena, no se permite al imputado introducir los elementos de descargo y practicar eventualmente los medios probatorios adecuados a fin de acreditar su inocencia (Ob. Cit., pp. 252/263).

<sup>18</sup> ASCENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Ed. Trivium, Madrid, 1991, pp. 70 y 94.

<sup>19</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César: *Ob. Cit.*, pp. 72/75.

<sup>20</sup> ASCENCIO MELLADO, José María: *Ob. Cit.*, p. 95.

modificarlo.<sup>21</sup> Pero no sólo ello, sino que cuando considere, como consecuencia de lo anterior, acudir a otro tipo penal, tal modificación de la vertiente jurídica, de suyo, implica la variación de la estrategia defendida, lo que a su vez exigirá –si ella no es implícita a la nueva ordenación típica– su previo conocimiento por la defensa para garantizar el contradictorio.

7. La desvinculación es, obviamente, posible, aunque siempre es vista como facultad excepcional y, por ende, de aplicación restrictiva por el órgano jurisdiccional. Así lo reconoce la doctrina procesalista y, por ejemplo, la jurisprudencia española. El principio acusatorio en relación con el derecho de defensa (proscripción de la indefensión), sustentan una posición firme al respecto.

Una de las notas esenciales del principio acusatorio es la relativa vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes (así Gimeno y Asencio). Se trata de identidad de hechos o circunstancias entre acusación y sentencia; esto es, IDENTIDAD DEL HECHO HISTÓRICO. Como dice Moreno Catena, para tal consideración habrá de existir homogeneidad o similitud de la actividad y del bien jurídico.<sup>22</sup> El Tribunal Constitucional Español ha señalado:

- a) Que *"... la efectividad del principio acusatorio exige, para excluir la indefensión, que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la defensa. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación (...), siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia"* (STC N° 134/1986).
- b) Que *"... el Juzgador está prohibido de excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, no sobre los cuales, por tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que el Tribunal sentenciador los ponga de manifiesto (previamente); y, de no hacer uso de esa facultad no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave de lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que, respetando la identidad de los hechos, se trate de tipos penales homogéneos"* (STC N° 205/1989).

8. 8.1 Por tanto, el alcance del principio acusatorio, para la determinación de la fundamentación fáctica del objeto procesal, exige la identidad antes apreciada. Roxin aclara que el hecho no es fijado estáticamente en la acusación en su identidad y, por tanto, admite ciertas modificaciones en la sentencia, en tanto *"...únicamente la sustancia del acontecimiento acusado permanezca intacta"*.<sup>23</sup>

Manzini expone sobre este punto que: a) existe mutación esencial del hecho acusado cuando los elementos materiales o aún solamente psíquicos que los

<sup>21</sup> LEONE, Giovanni. *Ob. Cit.*, pp. 360/362.

<sup>22</sup> MORENO CATENA, Víctor y otros. *El Proceso Penal*, T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 2375.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. *Ob. Cit.*, p. 163. LEONE, en esa línea puntualiza que "Diferente definición (juicio) del hecho significa que el hecho continúa inalterado o hasta reducido (es decir, eliminada alguna variante o circunstancia), pero que el juez recurre al hecho a una expresión de dicho delito de la imputada" (*Ob. Cit.*, p. 392).

constituyen, y que deben ser jurídicamente valorados, son distintos y más graves que los especificados en la imputación; b) no hay modificación del hecho cuando para la nueva definición jurídica el juez toma en cuenta todos los elementos descritos en la acusación, ya cuando sólo admite una parte de ellos, estando la parte comprendida en el todo; y, c) tampoco se presenta una mutación cuando el juez cambia los elementos secundarios, que no constituyan o concreten circunstancias agravantes, o de simple modalidad, en forma que no dejen incertidumbre alguna sobre el objeto de la imputación ni quiten al imputado ningún conocimiento necesario para su defensa.<sup>24</sup>

Cabe recordar que en el proceso penal eurocontinental, cuyas bases seguimos, el órgano jurisdiccional tiene a su cargo la potestad de dirigir el juicio oral, el poder de introducir -dentro de los hechos objeto de imputación- pruebas *ex officio*, y dentro de ese marco y potestades dictar la sentencia que corresponda; asimismo, como consecuencia de lo anterior, se le reconoce un concreto ámbito de poder oficial para determinar la calificación jurídica del hecho imputado. Ello, como expone Ortells Ramos, no lesiona el acusatorio ni introduce un factor de prejuicio, dado que la única implicación activa del juzgador, absolutamente indiscutible, es la del ejercicio de su potestad de juzgar, que comprende la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma, proclamando el efecto jurídico que de ello derive.<sup>25</sup>

8.2 En cuanto a la fundamentación jurídica, en el ámbito del TÍTULO DE CONDENA, es de acotar que la identidad de calificación entre acusación y sentencia -para los efectos de la vigencia del principio acusatorio- es parcialmente irrelevante, aunque es de tener en cuenta que la calificación jurídica del hecho condiciona su apreciación en cuanto a la concreción del bien jurídico vulnerado.

El principio *iura novit curia*, al dar cabida a diferentes calificaciones jurídicas del hecho acusado, debe matizarse incorporando como límite la existencia de homogeneidad -que no identidad matemática o absoluta- entre lo tipificado en la acusación y lo fijado en el fallo, siempre y cuando, como apunta la Casación Argentina, el imputado haya tenido puntual noticia del hecho atribuido y pudo ejercer su defensa respecto de la calificación seleccionada en definitiva (CNCP, Sala I, 30.10.2000).<sup>26</sup>

El título de condena afecta al principio contradictorio (el principio acusatorio queda constreñido únicamente a los hechos imputados). La calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio, el cual también incluye, conjuntamente, los hechos imputados por el Fiscal. Desde esta última perspectiva, entonces, una tipificación distinta, con los límites del bien o interés jurídico homogéneo, exigirá que el Tribunal invite a las partes a su debate jurídico, pues de otra forma existiría fallo sorpresivo con vulneración del elemento: derecho a conocer la acusación, propio del derecho de defensa.

8.3 Desde esta misma perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 17.1.1970 recaída en el "caso Delcourt v. Bélgica", estableció que ambas cuestiones: el hecho y su calificación, forma parte del contenido del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos: derecho a un

<sup>24</sup> MANZINI, Vincenzo: *Tatolo de Derecho Procesal Penal* T. IV, Ed. EUBA, Buenos Aires, 1993, pp.201/200.

<sup>25</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel: *Dr. Cr.*, pp. 201/200.

<sup>26</sup> DVALSORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, Lexis-Neleis, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002, p. 871.



juicio equitativo sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal (la acusación no sólo debe estar bien fundada en los hechos, sino en el Derecho). En el "caso Deweer", STEDH de 27.2.1980, recordando la doctrina sentada en el fallo anterior fija como pauta conclusiva que el sujeto pasivo de una acusación ha de poder conocer y contradecir en el juicio, tanto el fundamento fáctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría los derechos del artículo 6 la sentencia que se pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado. En el "caso Adolf", STEDH de 19.12.1989 mencionó como derecho involucrado "el Derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y causa de la acusación". Finalmente, en el "caso Colak v. Alemania", STEDH de 6.12.1988, se consideró necesaria que toda posible variación de la tipificación del hecho delictivo objeto de acusación debe ser previamente comunicada a la defensa y que el Tribunal no necesariamente en la sentencia puede fallar de acuerdo a la tesis propuesta ex officio por él mismo –posibilidad que inclusive no presenta objeción alguna desde la perspectiva de la imparcialidad judicial-, aunque debe hacerlo fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio.

8.4 Verger Grau, siguiendo a Asencio Mellado y Almagro Noseto, al entender que toda modificación de la vertiente jurídica conlleva necesariamente la variación de la estrategia defensiva (jese es la tesis de nuestro Tribunal Constitucional), postula -a semejanza del artículo 265.1 OPP Alemana<sup>27</sup>- que el Tribunal necesariamente debe ilustrar al imputado el posible cambio de tipificación, dándole oportunidad de defensa.<sup>28</sup> Esta técnica procesal, puntualiza Ellen Schlöchter, se utiliza para evitar que, siendo un mismo hecho procesal, al no poder variar la tipificación, se le ponga la excepción procesal de cosa juzgada. En tal virtud, tal variación ha de ser indicada en cuanto a los cambios posibles del punto de vista jurídico, siempre que ello sea conocido.<sup>29</sup>

9. Gimeno, realiza seguidamente dos acotaciones: a) Que la sujeción de la condena a la acusación, sin embargo, no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. b) Que para constatar que se ha infringido los artículos 139.3 y 14 de la Constitución no es decisiva la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plenamente debatidos.

Rifá Soler y Valls Gombau sostienen –asumiendo una posición más flexible- que en tanto se respete el límite de la homogeneidad entre delito acusado y delito condenado, para desvincularse no será necesario plantear la tesis cuando: a) la condena impuesta sea por un delito de igual o menor gravedad que el señalado en la acusación; b) exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la sentencia; c) todos los elementos fácticos

<sup>27</sup> Art. 265<sup>o</sup> OPP República Federal Alemana - (Modificación de la calificación Penal). Inc. 1<sup>o</sup>: "El acusado no puede ser condenado en virtud de otra ley penal que la mencionada en la acusación admited judicialmente sin que previamente se le haya indicado específicamente la modificación de la calificación y se le haya dado la oportunidad de defenderse".

<sup>28</sup> VERGER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p.142.

<sup>29</sup> SCHLÖCHTER, Ellen: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirri i Blanch, Valencia, 1999, p. 03.

del segundo tipo aplicado por el juez estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación: y, d) el delito acusado y el delito condonado sean de la misma naturaleza, o bien homogéneos por tratarse de tipos penales cuyo supuesto fáctico sea sustancialmente el mismo.<sup>36</sup> La libertad del órgano jurisdiccional está limitada por el respeto al derecho de defensa del imputado, el mismo que –según apuntan Calderón y Choclán– exige que en el proceso penal se haya podido debatir la total significación jurídica del hecho acusado.<sup>37</sup>

El fallo de nuestro Tribunal Constitucional, a fin de darle un sentido muy delimitado, se circunscribió a cuestionar que en la variación de la tipificación llevada a cabo por el Tribunal Superior se incorporaron de oficio elementos normativos que no fueron objeto de debate contradictorio, lesionándose irrazonablemente la defensa del imputado.

Es de acotar, siempre siguiendo a Gimeno, que el juego del principio acusatorio y del derecho de defensa impiden que la sentencia –sorpresivamente– condene por un delito más grave que el objeto de acusación, aprecie agravantes o formas de ejecución y participación más gravosas que las planteadas por la acusación y también que condene por delito distinto que no sea homogéneo, en el sentido que contenga elementos que no hayan sido objeto de debate y de los que el acusado no haya podido defenderse.<sup>38</sup> Esta imposibilidad, empero, se superará en la medida en que el Tribunal plantee la "tesis" y propicie un debate contradictorio al respecto.

10. Otro tema objeto de discusión en orden al principio de congruencia, tiene que ver con la determinación si la pena pedida por el Ministerio Público –el "petitum" de la pena– tiene eficacia delimitadora del objeto del proceso penal. La doctrina mayoritariamente considera que la pena solicitada por el hecho causado no puede ser reputada como un elemento esencial de la pretensión punitiva, que se concentra en el sujeto, en el hecho y en su calificación, de modo que la modificación de oficio por el Tribunal de la pena pedida por las partes no se opone al principio acusatorio.<sup>39</sup> Se agrega que la medición de la pena responde al principio de legalidad, el cual es el único límite para el juzgador, quien puede imponer la pena en los límites de la señalada para el delito objeto de acusación. Empero, es del caso incluir una delimitación al poder del Tribunal para fijar una pena más grave que la pedida por el Fiscal. En acatamiento de la exigencia constitucional de motivación (artículo 139.5 Constitución) el órgano jurisdiccional habrá de motivar específicamente no sólo el precepto que sirva de apoyo al incremento de la pena sino también las razones que la justifican. Es decir, resulta necesario una especial motivación al respecto, cuya ausencia vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional, tal como, por ejemplo, lo tiene declarado el Tribunal Constitucional Español en las Sentencias N° 59/2000, de 2.3.2000, y N° 122/2000, de 16 de mayo de 2000.

En el último fallo invocado, empero, existe un voto singular de dos Magistrados, en el que se considera que la posibilidad de agravar de oficio la pena, imponiendo

<sup>36</sup> RFA SOLER, José María / WILLS GONZÁLEZ, José Francisco. *Derecho procesal penal*. Ed. Iurjunt. Madrid, 2000, p. 262.  
<sup>37</sup> CALDERÓN CEREZO, Angel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 424.

<sup>38</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Los procesos penales*. Tomo 5. Ed. Bosch, Barcelona, pp. 684-690.

<sup>39</sup> Por todos CALDERÓN, Angel / CHOCLÁN, José. *Derecho Procesal*, Ed. Oponon, Madrid, 2002, p. 428.

una por encima del requerimiento fiscal, excede el sistema acusatorio. Consideran dichos Magistrados que desde la perspectiva del requisito de imparcialidad se lesiona la posición constitucional del juzgador cuando actúa ex officio, pues ello implica terciar espontáneamente en el debate y evitar que las partes tengan la oportunidad real de debatir esa "tercera posición", rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales. Esta posición, por lo demás, fue aceptada en un aislado caso por el Tribunal Supremo Español (STS de 7.6.1993), posteriormente modificada por una Sentencia del Pleno de dicho Tribunal. Anotó en esa oportunidad la Sala de lo Penal que en aras de lograr en el seno del proceso penal -conforme al principio acusatorio- una mayor protección de las garantías del inculcado, la función individualizadora de la pena que corresponde al órgano jurisdiccional tiene su techo en la pena pedida en la acusación, pues de lo contrario se actuaría sorpresivamente, sin conocimiento de las partes, privándolas de este modo de su derecho de alegar al respecto.<sup>36</sup>

Tal vez la respuesta más contundente a esa postura ha sido proporcionada por Díaz Cabiale. Dicho autor anota que: "(...) impedir que el órgano jurisdiccional pueda modificar la pena al alza conlleva el craso error de entender que en el proceso penal resulta esencial el "petitum", identificado éste con la cuantía de la pena, sin tener presente que en este proceso la elaboración del concepto de la pretensión no responde a la titularidad de las partes sobre el "ius puniendi", sino a una construcción técnica derivada de la elaboración artificial de un proceso de partes que pretende salvaguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional".<sup>36</sup>

11. **Conclusión.** Sobre la base de la inalterabilidad del hecho penal acusado e, inclusive, cuando existe alteración parcial del "hecho acusado", la desvinculación será posible si el Tribunal, para garantizar el principio de contradicción, invita a las partes (a esto se denomina procesalmente: "plantear la Tesis") a pronunciarse sobre este punto. También podrá alzarse la exigencia de plantear la tesis, si una de las partes postula el cambio de tipificación y ello ha sido de conocimiento de las demás partes, de modo que han tenido oportunidad de debatir y fijar posición al respecto. Con esto último se supera la objeción al detrimento al derecho de defensa, en su ámbito de "previo conocimiento de los cargos".
12. El tema más conflictivo, asumiendo esta posición, es si la "Tesis" debe ser asumida por el Fiscal, cuando el Tribunal plantee la posible nueva tipificación. Sobre el particular, la reciente jurisprudencia ordinaria española considera imprescindible tal situación, en homenaje al principio acusatorio.<sup>37</sup> El fundamento aparente de esa doctrina descansa en dos razones: 1) Que el tribunal no puede asumir la función de acusador y, por tanto, la "tesis" sólo tiene eficacia ilustrativa para las partes acusadoras, pero el tribunal no puede acogerla si éstas previamente no la asumen; y, 2) Que el acusado ha de conocer previa y suficientemente la acusación y poder defenderse frente a ella con plenitud de medios y garantías.<sup>37</sup>

Sin embargo, la doctrina procesalista estima que ello no es así, pues importaría

<sup>36</sup> V. MARTÍNEZ ARRIBETA, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*. Ed. Consares, Granada, 1994, pp. 86/87.

<sup>37</sup> DÍAZ CABAILE, José Antonio: *Principio de aportación de parte y acusación: la imparcialidad del juez*. Ed. Consares, Granada, 1996, p. 396.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ ARRIBETA, Andrés: *Op. Cit.*, pp. 1374.

<sup>39</sup> ORTELLS RANOS, Manuel: *Op. Cit.*, p. 169.

introducir un elemento que es ajeno a la identidad objetiva del hecho punible, centrado en la calificación jurídica, de lo que seguiría que si las partes no aceptan la "Tesis" condicionarían la actividad del tribunal.<sup>38</sup> Además, no se puede confundir acusación con la posición alternativa del tribunal frente a un hecho concreto ya deducido en el proceso por la parte acusadora.

### III. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LEY N° 27569.

1. La STC 5/2001-AI, de 15.11.2001, declaró INCONSTITUCIONALES los Decretos Legislativos N° 895 y 897. Es importante anotar, en vía de esclarecimiento constitucional, algunos alcances de la aludida sentencia:

1.1 Que define con toda claridad dos conceptos que la Ley N° 26950, de 18.5.1998, confundió torticeramente: seguridad nacional y seguridad ciudadana; el primero tiene como contenido la integridad territorial y el orden constitucional democrático; y, el segundo, el orden público interno: paz, seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, sin mediar el factor político o el trasfondo ideológico.

1.2 Que el poder punitivo del Estado debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido, lo que exige taxatividad y determinabilidad del tipo penal, así como estricta delimitación del bien jurídico penal.

1.3 Que la propia ley autoritativa, por su incongruencia, es inconstitucional: no coincide la materia delegada con el objetivo de la delegación: combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas; inconstitucionalidad que ocasiona la de los Decretos Legislativos dictados a su amparo.

1.4 Que, en cuanto al fondo, la tipificación del terrorismo especial vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 45 Constitucional), al calificar de terrorista al que integra o sea cómplice de una banda armada. En el terrorismo el bien jurídico tutelado es el régimen político democrático, la Seguridad Nacional; no toda banda armada es terrorista, por falta el elemento subjetivo tipificante.

1.5 Que la red de atribuciones a la policía en la fase preliminar o preprocesal lesionan la competencia del Ministerio Público, pues es la Fiscalía la encargada de conducir el proceso en dicha fase, mientras la Policía desarrolla una función ejecutiva y subordinada funcionalmente al MP. Se infringe, por ende, el art. 159° 4 de la Constitución.

1.6 Que la presunción de inocencia es un elemento que conforma el debido proceso. Contraría esa previsión que se ordene al juez dictar mandato de detención obligatoriamente. De igual manera, la prohibición de conceder libertades, adicionalmente, lesiona el derecho de defensa. Desnaturaliza el debido proceso, porque puede limitar la libertad, no resolver cuestiones previas en su momento y derivarlas al fallo definitivo.

1.7 Que los procesos no pueden continuar en el Fuero Militar, bajo ningún concepto, porque la norma ordinaria es inconstitucional: no es un delito de terrorismo.

---

<sup>38</sup> Vid. GIMENO SENCERA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1998, p. 218.

2. El Poder Legislativo, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 204 Const. que señala que la ley demandada al día siguiente de la publicación de la Sentencia que la declara inconstitucional queda sin efecto, dictó la Ley N° 27569, de 2.12.2001. Es de precisar que, en principio, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no tiene efecto retroactivo; empero, por excepción constitucionalmente prevista, incluida en el artículo 103, II Párrafo de la Constitución se exceptúa la materia penal, al punto que el artículo 40, II Párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) N° 26435, de 10.1.1995, estatuye que se trata de un caso de excepción para revivir procesos fenecidos. Esa es, pues, la legitimidad de la Ley N° 27569.

Dicha Ley, en su artículo 1 señala que todas las personas, procesadas o sentenciadas conforme a los Decretos Legislativos N° 895 y 897 serán sometidas a nuevo juicio en la jurisdicción ordinaria con arreglo al ordenamiento jurídico penal vigente. El artículo 2 precisa que no se produce una excarcelación automática y que el plazo de detención se cuenta desde el 17.11.2001, día de publicación del fallo constitucional. El artículo 3 estatuye que el Fuero Militar remitirá todos los expedientes al Presidente de la Corte Suprema, procesos que se sujetar a nuevo procesamiento de todas las personas implicadas o, en todo caso, se adecuen las causas en trámite a lo dispuesto por esta ley.

3. Esta ley trae, sin dudas, problemas serios de interpretación, más por lo que no dice que por lo dice. Cabe señalar lo siguiente:

3.1 Que el grueso de las disposiciones de la Ley están en función al delito de terrorismo especial (D.Leg. N° 895), que es una ley estatutaria general, por cuanto llena normas penales materiales, procesales y de ejecución penal. Las figuras de terrorismo especial fueron trasladadas, ilegítimamente por cierto, al conocimiento de la jurisdicción castrense. La Ley N° 27235 se limitó a incorporar el conocimiento de ese delito a la jurisdicción ordinaria, aunque en su Segunda Disposición Final estableció que los procesos en trámite quedaban radicados en la jurisdicción militar, lo que fue censurado constitucionalmente por el Tribunal Constitucional.

3.2 Que desde esa lógica —de las causas por delitos de terrorismo agravado o especial— debe entenderse el artículo 3. Todas las causas que ilegítimamente, por su propio origen inconstitucional, se vieron en la Jurisdicción Militar **DEBEN REMITIRSE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA**, se trate de causas en trámite como fenecidas. Obviamente, las causas por "delitos agravados", también afectas a la declaración de **INCONSTITUCIONALIDAD**, deben ser reexaminadas a la luz de las directivas contenidas en la Sección II de los Fundamentos de la STC 005/2001-AI. Para ello rige el primer extremo del artículo 1 de la Ley que dispone preceptivamente que **SERÁN SOMETIDAS A NUEVO JUICIO CON ARREGLO A LAS NORMAS ORDINARIAS VIGENTES**. Se entiende, en este último caso, si se determina la existencia de argumentos sostenidos en el fallo definitivo de tal nivel que coliden con los fundamentos del fallo constitucional; aunque, es claro, que la no declaración de nulidad será excepcional, en tanto la opción legal es por la realización de un nuevo juicio.

4. Creo, por tanto, que debe instrumentarse una lógica procedimental necesariamente diferencial según se trate de las causas por delitos de terrorismo especial o agravado y por delitos agravados. La primera pauta, de carácter

general, comprensiva de ambas normas que han quedado SIN EFECTO por la Sentencia del Tribunal Constitucional, tiene que ver si el nuevo juicio ordenado por la Ley N° 27569 comprende a los sobreseídos y a los absueltos, duda que se plantea por el hecho que la norma involucra a procesados y sentenciados.

Considero que el nuevo juicio sólo puede entenderse por los condenados y, obviamente, por los procesados. No es posible comprender a los sobreseídos y absueltos por varias razones derivadas del *favor rei*. Téngase en cuenta que la posibilidad de revivir procesos fenecidos, constitucionalmente, siempre se articula en favor del reo; las normas son retroactivas, en tanto tengan efectos penales, siempre para favorecer, nunca para empeorar (artículo 103, II Párrafo de la Constitución). Es obvio que si la revisión sólo tiene una lógica *in favor rei*, mal se puede construir para perjudicarlo; una garantía no puede funcionar para perjudicar al garantizado, violaría su propia esencia.

A ello cabe agregar un razonamiento de puro derecho ordinario. El artículo 300 CPP, en su versión modificada por el actual Cuerpo Legislativo (Ley N° 27454, de 24.5.2001), hace mención que el recurso de nulidad lo interpone el sentenciado [no dice "el condenado", vocablo utilizado por la norma primigenia] y es claro que el recurso no puede interponerlo un absuelto o sobreseído, pues el presupuesto subjetivo del agravio o gravamen no se cumpliría. Siendo así, el sentenciado es el condenado.

Por otro lado, cabe incorporar, esta vez como argumento definitivo, la vigencia del principio del *ne bis in idem*. El Tribunal Constitucional ha señalado: Primero.- Que se trata de un derecho fundamental innominado, inserto o que forma parte del contenido esencial del debido proceso y asumible por imperio del artículo 3 de la Constitución;<sup>39</sup> Segundo.- Que la potestad sancionadora del Estado exige un procedimiento debido en su dimensión formal y en su dimensión sustantiva;<sup>40</sup> y, Tercero.- Que la sanción sólo puede ser parte de un proceso que se guió por normas de indudable constitucionalidad o porque se resolvió aplicando normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente.<sup>41</sup> Como se trata de un derecho fundamental de la persona, la articulación del *ne bis in idem* tiene una clara connotación defensiva y de protección; además, siguiendo a Vives Antón, uno de los efectos procesales del *ne bis in idem*: no dos veces por lo mismo, estriba en la proscripción del doble riesgo real.<sup>42</sup> Si una persona fue sometida a proceso y en esa causa, pese a su ilegitimidad de origen, se le liberó de cargos, el Estado –sea cual sea el argumento que sustente- ya perdió la posibilidad de volverlo a procesar, pues este segundo proceso sencillamente abriría un riesgo nuevo para su libertad y derechos.

5. La segunda pauta, referida a los procesos por delitos de terrorismo especial culminados en la jurisdicción militar, tiene que ver si es del caso la declaración previa de nulidad y, de ser así, ¿qué órgano lo haría? Considero que un proceso seguido ante un órgano jurisdiccional objetivamente incompetente, por razón de materia, es NULO de pleno derecho. La doctrina procesalista y el ordenamiento procesal sólo consideran como excepción la incompetencia territorial, puesto

<sup>39</sup> STC de 26.1.2003. "Caso Sergio Ivory Wilcoffe Alaro". <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0474-2003-AA.html>

<sup>40</sup> STC de 4.3.1999. "Caso Nicolás Alberto Cortés Meléndez". <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0421-1999-AA.html>

<sup>41</sup> STC de 6.9.1999. "Caso Industria de Corrección Textil S.A. y otros". <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0140-1999-AA.html>

<sup>42</sup> VIVES ANTÓN, Tomás. *Ne bis in idem* procesal. Revista del Poder Judicial, p. 304.

que en ese caso se trata de una irregularidad no relevante al seguirse ante un juez objetivamente competente.

Una causa debe anularse irremediamente para la continuación de actuaciones procesales. Hace falta, pues, una resolución declaratoria de nulidad. Como quiera que la Ley, en su artículo 1, al disponer el nuevo procesamiento, no constituye un problema vital la identificación del órgano que debe hacerlo. El artículo 3 da expresa atribución al Presidente de la Corte Suprema disponer lo conveniente para ello; como tal, muy bien puede disponer que la nulidad la dicte la Sala Penal de la Corte Suprema o las Salas Superiores respectivas. Lo cierto es, sin embargo, que la nulidad es imprescindible para reordenar las actuaciones y sólo así debe pasar al Ministerio Público para la promoción de la acción penal, de ser el caso; nulidad que, por lo ya expuesto, no alcanzará a los absueltos y sobreseídos. Es claro, igualmente, que el nuevo proceso —y es nuevo porque el anterior se siguió ante un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo— sólo puede iniciarse a instancia del Fiscal, quien además, decidirá el tipo penal que debe invocar.

Los procesos en trámite seguirán el mismo derrotero. Se anularán las actuaciones en sede militar y se remitirán al Fiscal para que decida la promoción de la acción penal y el tipo penal aplicable (el delito de terrorismo especial, precisamente, ha sido anulado). En ambos casos la norma resuelve el tema de los reos en cárcel. No serán excarcelados. Su situación jurídica está sujeta a la nueva promoción de la acción penal. En todo caso, para los efectos de fijar el plazo de detención, éste se cuenta desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional. Ese cómputo, desde luego, está radicado en las disposiciones del artículo 137 CPP, pero de ninguna manera puede tomarse en cuenta para computarlo a los efectos de la compatibilidad entre días de prisión preventiva y días de pena privativa de la libertad impuesta (vid. artículo 47 CP).

6. La tercera pauta tiene que ver con los procesos por "delitos agravados". ¿El nuevo juicio es inevitable en todos los casos? Recuérdese, por lo menos, dos datos: 1) Que el Decreto Legislativo N° 897, a diferencia del Decreto Legislativo N° 895, es una norma procesal y de ejecución penal; 2) Que la Ley N° 27472, de 5.6.2001, derogó todas las normas procesales en sede jurisdiccional y de ejecución penal, habiendo dejado subsistente todas las normas en sede policial, que son las declaradas inconstitucionales por el fondo por el Tribunal Constitucional.

Si sólo entramos a lo directamente resultante de la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Constitucional [Nótese que existen problemas mayores si se asume la consideración del Tribunal Constitucional al sostener que la propia ley de delegación es inconstitucional], cabe sostener:

6.1 Que las causas fenecidas seguidas al amparo de un procedimiento globalmente inconstitucional debe ser anuladas y, por tanto, remitirse al Juez Penal para su nuevo trámite; nuevo procesamiento que, precisamente, es la opción asumida por la Ley. Es de entender que subsiste la denuncia formalizada del Fiscal, pues no hay causales de nulidad que tengan que ver con la competencia objetiva y porque como el artículo 1 del citado Decreto Legislativo fue modificado por la Ley N° 27472, la declaración de inconstitucionalidad no le afecta al coligirse del fallo constitucional que ese hecho: la nueva ley, supera la ilegitimidad formal de origen de la norma, tanto más si los tipos penales son

simplemente delitos comunes insertos en el Código Penal, aunque ya no pueden denominarse "delitos agravados", sino mencionarse por el propio *nomen juris*.

6.2 Que las causas en trámite deben reordenarse en el estado en que se encuentren. Si existe sentencia dictada, ésta sólo se anulará si se sustentó en pruebas o en un procedimiento probatorio inconstitucional: confesiones bajo arresto policial ilegal, presencia de Abogados en sede policial impuestos por la Policía, imposibilidad de actuaciones probatorias por términos muy cortos, imposibilidad de emplazar como testigos a los policías que intervinieron en la investigación, rechazo de recusaciones por imperio de la ley pese a su razonabilidad. Si no hay sentencia, la nulidad podría declararse en aquellos casos en que la etapa de instrucción ya culminada, deba reabrirse para garantizar el derecho a la contraprueba del imputado, etc.

**54 AÑOS  
AL SERVICIO DE  
LA INDUSTRIA**

**CERUTI**

FABRICA DE ENVASES DE CARTÓN S.A.

- BOTELLAS
- CONSERVAS
- MEDICINAS



**CENTRAL TELEFÓNICA: 326 0308  
FAX: 326 0309 - 326 0318 - 326 0343**