

# LA GARANTÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL IMPARCIAL: Verificación de su violación en el denominado “Caso del Grupo Colina”



**CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVIGÓN**

Abogado por la Universidad de Lima,  
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Lima.

## SUMARIO:

- I. A manera de introducción.
- II. La garantía procesal constitucional a un Tribunal Imparcial.
- III. Violaciones a la garantía procesal constitucional del Tribunal Imparcial, especial mención a las cometidas por la Sala de Juzgamiento en el proceso seguido contra Nicolás Hermeza Ríos.
  1. La contaminación procesal como causal de pérdida de la imparcialidad del tribunal.
    - 1.1. Fundamento de la contaminación procesal (o prejuicio) como causa de pérdida de la imparcialidad del tribunal en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos.
    - 1.2. Fundamento de la contaminación procesal (o prejuicio) como causa de pérdida de la imparcialidad del tribunal en la doctrina del Tribunal Supremo Español.
      - 1.2.1. El prejuicio o contaminación procesal ocasiona la pérdida de imparcialidad en el tribunal.
    - 1.3. Caso Hermeza Ríos: El tribunal continuó realizando el juicio oral a pesar de haber perdido imparcialidad por contaminación procesal.
      - 1.3.1. Ubicación de la causa de recusación; prejuicio o contaminación procesal del tribunal; en el Código de Procedimientos Penales.

- 1.3.2. La interpretación teleológica del artículo 29 inciso 7.
    - 1.3.3. La inconstitucionalidad parcial del artículo 40 al limitar las causas de recusación del tribunal en pleno juicio oral.
  - 1.4. El prejuicio o contaminación procesal generada por la sentencia conformada dictada por la Primera Sala Penal Especial.
    - 1.4.1. La indebida aplicación de la regla del artículo 5° inciso 4 de la Ley N° 28122, correspondiente a la conformidad parcial con la acusación.
    - 1.4.2. Contaminación procesal a partir de controles y operaciones que el tribunal debe realizar sobre el objeto del proceso de conformidad con la acusación.
  - 1.5. Prejuicio o contaminación procesal generado por las 6 sentencias de aprobación de convenios de colaboración eficaz dictadas por la Primera Sala Penal Especial.
    - 1.5.1. Identidad del objeto de las 6 sentencias aprobatorias de los convenios de colaboración eficaz y del objeto de la sentencia que se emitió al final del juicio oral.
    - 1.5.2. El control del tribunal de la legalidad de los convenios de colaboración eficaz en la sentencia aprobatoria generó prejuicio sobre el objeto de la sentencia a dictar en el juicio oral.
  - 1.6. El prejuicio o contaminación procesal generado por las 2 sentencias de fondo dictadas por la Primera Sala Penal Especial en el Caso La Cantuta.
    - 1.6.1. Identidad del objeto de las 2 sentencias de fondo emitidas en el "Caso La Cantuta" y del objeto de la sentencia dictada al final del juicio oral.
    - 1.6.2. El "salvataje" del juicio y la sentencia por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.
2. El rechazo liminar arbitrario de recusación por mayoría emitido por el Tribunal que juzgó y finalmente sentenció.
  - 2.1. Enunciado de razones que dieron los Tribunales nacionales a partir del rechazo liminar de la recusación.
  - 2.2. La arbitrariedad cometida por la Sala Penal al rechazar, por mayoría, de forma liminar la recusación.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional en proceso de habeas corpus N° 01032—2010—PHC/TC.

## I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo desarrollaré uno de los problemas más serios de la justicia peruana; la multiplicidad de casos de violación de la garantía procesal constitucional a un tribunal imparcial, que tienen entre sus causas principales: la precaria legitimidad de las instituciones que forman el sistema de justicia; y los ataques a la independencia judicial; a) internos; una política errada de la OCMA que permite a los abogados, en vez de litigar en los juicios, hacerlo en procesos administrativos sancionadores y que lleva a que, por ejemplo, la Sala tenga que emitir sentencia con cuatro casos abiertos ante la OCMA; y b) externos; la justicia mediática y su repercusión en el Consejo Nacional de la Magistratura, ante el cual los litigantes que perdieron y grupos de presión, convierten procesos de ratificación en "sastrería" para lograr jueces "a la medida", que utilicen para hacer ¿justicia? la "balanza de un plato", que sólo llenarán los abogados convertidos en "representantes de la conciencia social", o políticos disfrazados de abogados; pues so pretexto de ejercer la abogacía, no usan el derecho, sino la ideología, por ejemplo, de eliminación de los militares procesados por delitos cometidos en el conflicto armado interno que el Perú enfrenta contra los terroristas.

Para demostrar las graves dificultades que enfrenta esta garantía procesal constitucional en el proceso penal, desarrollo, como ejemplo, la defensa que en este tema realicé a favor del General Nicolás Hermoza Ríos en el Caso "Barrios Altos", "Pedro Yauri" y "Desaparecidos del Santa".<sup>1</sup>

En el proceso penal que analizo a la luz del contenido de la garantía procesal constitucional a un tribunal imparcial, se cometieron graves infracciones en su contra. La magnitud de tales actos judiciales anticonstitucionales son manifestaciones de un Estado donde se viene

intensificando la utilización del Derecho Penal del Enemigo, principalmente, no en el nivel legislativo, sino en el aplicativo; las leyes no son el problema, por lo general, sino los criterios de aplicación en los casos penales.

Incluso el Tribunal Constitucional, abdicando de su función de guardián de las garantías constitucionales en el proceso penal, al conocer este caso, "convalidó" la vulneración del derecho fundamental al tribunal imparcial, "inhibiéndose" de examinar los temas de fondo, que exigen, dado el gran número de habeas corpus que forman la carga procesal, la incorporación al TC de expertos en materia penal y procesal, o en todo, caso, asesor de la especialidad cuyo informe se incorpore al proceso constitucional, para que pueda ser conocido por las partes antes de la audiencia, a fin de ejercer defensa eficaz, y que el asesor asuma responsabilidad por la idoneidad de su opinión jurídica.

Finalmente este análisis ha adquirido gran interés porque la sentencia de revisión dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el llamado "Caso del Grupo Colina", ha generado un juicio mediático, político, e institucional que busca la ¡crucifixión! de los jueces supremos, sin que nadie tenga "preocupación" por examinar si en el juzgamiento actuó un tribunal imparcial.

## II. LA GARANTÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL A UN TRIBUNAL IMPARCIAL

El fundamento legal del derecho a un tribunal imparcial lo constituyen: el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

1. Expediente Número 028—2003 tramitado ante la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima. Proceso tramitado según las disposiciones del Código de Procedimientos Penales de 1940.

El hecho que en la Constitución del Perú no tenga reconocimiento expreso el derecho a un tribunal imparcial no es obstáculo para aceptar su vigencia y eficacia en el proceso penal peruano.

El Tribunal Constitucional, en doctrina consolidada, acepta la existencia de derechos reconocidos implícitamente en la Ley Fundamental por las siguientes razones:

- Una concepción material de los derechos fundamentales: *“es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”*.<sup>2</sup>
- La interpretación y aplicación de las normas constitucionales a la luz de los tratados sobre derechos humanos.<sup>3</sup>

El derecho al tribunal imparcial es la garantía que al justiciable en el proceso penal se le

juzgue sin contaminación procesal, esto es, sin consideraciones personales, sentimientos, pasiones, prejuicios, etc., que pueden, incluso inconscientemente, impedir o dificultar al magistrado tomar decisiones con serenidad de juicio, objetividad y neutralidad; solamente condicionado por la ley.<sup>4 5 6 7</sup>

El autor español Joan **PICO I JUNOY** señala que la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez a fin de garantizar que se encuentre en la mejor condición psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado.<sup>8</sup>

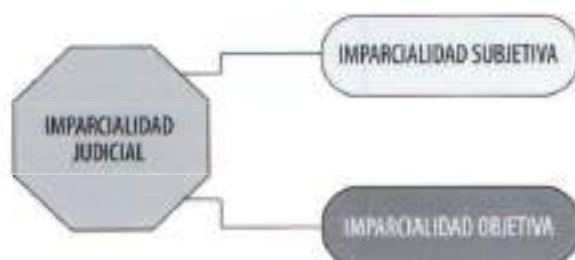
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso “Caso Piersack” estableció un concepto general de imparcialidad judicial: “ausencia de prejuicios y parcialidades”; diferenciando la imparcialidad objetiva y subjetiva; doctrina que ha mantenido y que ha servido de base a la Corte Interamericana.<sup>9 10 11</sup>

El TEDH, en el caso comentado, se refiere al aspecto subjetivo “que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto”; la imparcialidad subjetiva

2. Tribunal Constitucional del Perú, Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., ya citado, Fundamentos 43 a 45 de la sentencia.
3. *Ibid.*, Fundamento 49 de la sentencia.
4. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *La Contaminación Procesal*. Editorial Comares, Granada, España, 2000, pp. 1 — 2
5. CAFFERATA NORES, José I. *Proceso penal y derechos humanos*. CELS y Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 33 – 35.
6. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal*. Un estudio histórico—conceptual de modelos normativos de imparcialidad, en *Las Garantías Penales y Procesales*. Enfoque histórico comparado. Edmundo S. Hendler (Compilador). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 340.
7. MAJER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal I*. Fundamentos. 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 752.
8. PICO I JUNOY, Joan. *La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: La Abstención y la Recusación*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1998, pág. 23.
9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Caso Piersack contra Bélgica”, Sentencia del 1 de Octubre de 1982, Fundamento 30. Ver: *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Francisco Javier Díaz Revorio (compilador), Página 431, Palestra, Lima, 2004.
10. *Loc. Cit.*
11. SANCINETTI, Marcelo. *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal, la Doctrina del Tribunal Europeo de*

“debe ser presumida mientras que no se demuestre lo contrario.”<sup>12</sup>

Mientras que el TEDH respecto al aspecto objetivo se refiere a verificar si el juez “ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”; en esta materia “incluso las apariencias puede revestir cierta importancia”, pues “todo juez en relación con el cual puede haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso”.<sup>13</sup>



El Tribunal Constitucional Peruano reconoce las dos dimensiones de la imparcialidad judicial:

#### § “Caso Defensoría del Pueblo contra la Justicia Militar”.

En el proceso de inconstitucionalidad 0023—2003—AI/TC, en la sentencia del 9 de junio de 2004, fundamento 34, sobre la garantía constitucional procesal del tribunal imparcial afirma que “el principio de imparcialidad –estrechamente ligado al principio de independencia funcional – se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo.”<sup>14</sup>

El TC afirma que la imparcialidad judicial tiene dos sentidos; **imparcialidad subjetiva**, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso; e **imparcialidad objetiva**, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.<sup>15</sup>

El TC afirma que “no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, asumiendo expresamente la posición asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el “Caso De Cubber contra Bélgica”, sentencia del 26 de octubre de 1984, en la que se señaló que un “(...)Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...) debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)”.<sup>16</sup>

#### § “Caso Fiscalía de la Nación contra la Justicia Militar”.

En el proceso de inconstitucionalidad 0004—2006—PI/TC, en la sentencia del 29 de marzo del 2006, en el fundamento 20, se señala que el principio de imparcialidad tiene dos acepciones: **“Imparcialidad subjetiva**. Se refiere a cualquier

*Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág.45.

12. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Caso Piersack contra Bélgica”, Sentencia del 1 de Octubre de 1982, Fundamento 30, pp. 431 y 432.

13. *Loc. Cit.*

14. Tribunal Constitucional del Perú, Caso Defensoría del Pueblo contra Justicia Militar, Sentencia del 9 de junio del 2004, Fundamento 34.

15. *Loc. Cit.*

16. *Loc. Cit.*

tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso.”; e **“Imparcialidad objetiva**. Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.”<sup>17</sup> (*Resaltado del autor*)

**§ “Caso Minera Sulliden Schahuindo S. A. C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S. A. contra la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Tribunal Arbitral Sulliden—Algamarca”**

En el proceso de amparo 6149—2006—PA/TC, en la sentencia del 11 de diciembre del 2006, fundamentos 54 al 59, se estableció que el derecho a un juez imparcial tiene un contenido constitucionalmente protegido. Ese contenido está relacionado con aquello que el Tribunal ha identificado como las dos vertientes de la imparcialidad. A saber, la subjetiva y la objetiva.<sup>18</sup>

Señala en este caso el TC que la **imparcialidad subjetiva** se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; “desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, **tenga algún tipo de compromiso** con alguna de las partes o **con el resultado del mismo**.”<sup>19</sup> (*Resaltado del autor*)

Respecto a la **imparcialidad objetiva** el TC afirma que “está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del

sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable conforme a ella, toda persona tiene el derecho a ser juzgada por un juez, o quien está llamado a resolver la cuestión litigiosa, dentro de determinadas condiciones de carácter orgánico y funcional **que le aseguren la inexistencia de cualquier duda razonable sobre la parcialidad del juzgador**.”<sup>20</sup> (*Resaltado del autor*)

El TC vuelve a insistir su adhesión en esta materia a la doctrina del TEDH plasmada en el citado “Caso De Cubber contra Bélgica”, sobre la que comenta: “Esta teoría, llamada de la apariencia y formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el brocardo “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*” [**no sólo debe hacerse justicia, sino también parecerlo que se hace**], no consiente que, en abstracto, este Tribunal pueda establecer cuáles son esas condiciones o características de orden orgánico o funcional que impiden que un juzgador pueda ser considerado como un ente que no ofrece una razonable imparcialidad. Su evaluación, por el contrario, debe realizarse en cada caso concreto.”<sup>21</sup> (*Resaltado del autor*)

**III. VIOLACIONES A LA GARANTÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL IMPARCIAL, ESPECIAL MENCION A LAS COMETIDAS POR LA SALA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO SEGUIDO CONTRA NICOLÁS HERMOZA RÍOS.**

La Sala de juzgamiento en el Caso Hermoza Ríos violó la garantía procesal del tribunal imparcial de dos formas:

17. Tribunal Constitucional del Perú, Caso Fiscalía de la Nación contra Justicia Militar, Sentencia del 29 de marzo del 2006, Fundamento 20.

18. Tribunal Constitucional del Perú, Caso Minera Sulliden Shahuindo S. A. C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S. A. contra la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Tribunal Arbitral Sulliden—Algamarca, Sentencia del 11 de diciembre del 2006, Fundamentos 54 al 59.

19. *Loc. Cit.*

20. *Loc. Cit.*

21. *Loc. Cit.*

LA CONTINUACIÓN DEL JUICIO ORAL A PESAR DE HABER PERDIDO IMPARCIALIDAD POR CONTAMINACIÓN PROCESAL.

EL RECHAZO LIMINAR DE RECURSACIÓN POR MAYORÍA.

## 1. La contaminación procesal como causal de pérdida de la imparcialidad del tribunal.

### 1.1. Fundamento de la contaminación procesal (o prejuicio) como causa de pérdida de la imparcialidad del tribunal en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el "Caso De Cubber contra Bélgica", ha establecido como doctrina que "hay derecho a dudar de la garantía de la imparcialidad" cuando el tribunal cuestionado tiene un "conocimiento previo particularmente profundo" que lo pueda llevar a "formar por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del tribunal" al dictar sentencia.<sup>22</sup>

El profesor argentino Marcelo SANCINETTI llama la atención sobre el "Caso Ben Yaacoub contra Bélgica", el cual si bien terminó mediante un acuerdo amistoso, contiene doctrina importante de la Comisión de Derechos Humanos, de la cual se resalta lo siguiente: "el acusado tiene derecho a contar con un tribunal que no parta de ninguna gradación, es decir, que no tenga impresiones personales de sospechas

de culpabilidad del acusado, uno que pueda tomar a la remisión de la causa a juicio como el paso necesario que deriva del hecho de que otros han sospechado antes sobre esa culpabilidad, pero no él, es decir, no aquella persona concreta que va a juzgar y tiene que llegar a esa situación exenta de prejuicios, es decir, de modo imparcial (sin ninguna sospecha propia).<sup>21</sup> (Resaltado del autor).

La autora española María Isabel VALLDECABRES ORTIZ destaca el "Caso Hauschildt contra Dinamarca", sentencia del 24 de mayo de 1989, para explicar que forma parte de la garantía de imparcialidad judicial, la "exigencia de ajenación" del tribunal con las partes; el que no haya tomado partido por una de ellas antes del juicio, formalmente a través de una resolución judicial o informalmente mediante una declaración extraprocesal.<sup>24</sup>

De la doctrina del "Caso Hauschildt contra Dinamarca" se extrae la siguiente regla: **la emisión por los jueces de decisiones anteriores sobre el objeto del juicio oral justifica que el justiciable dude de la falta de imparcialidad del tribunal.**<sup>25</sup> (Resaltado del autor)

En el "Caso Hauschildt contra Dinamarca" el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como explica acertadamente VALLDECABRES ORTIZ, destaca la exigencia de la "ajenación", esto es, el tribunal no debe haber tomado partido por alguna de las partes, antes o durante el juicio oral; ni informalmente, a través de declaraciones públicas; ni formalmente mediante resoluciones que precedan a la sentencia a darse al final del juicio oral.<sup>26</sup>

Por tal razón en el "Caso Hauschildt" el TEDH afirma que es legítimo dudar de la imparcialidad del tribunal cuando el juicio de culpabilidad

22. SANCINETTI, Marcelo A. Op. Cit., pág. 45.

23. *Ibid.*, pág. 61.

24. VALLDECABRES ORTIZ, María Isabel, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004, pp. 172 — 173.

25. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y LEÓN GARCÍA—COMENDADOR ALONSO, Jacobo. *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008, pág. 53.

26. VALLDECABRES ORTIZ, María Isabel. Op. Cit., pp.172 — 173.

que va a formular en el juicio oral, se basará en argumentos y elementos de convicción ya valorados en otra sentencia, así exista **“una pequeña diferencia”** entre los objetos del proceso.<sup>27</sup> (Resaltado del autor)

**1.2. Fundamento de la contaminación procesal (o prejuicio) como causa de pérdida de la imparcialidad del tribunal en la doctrina del Tribunal Supremo Español.**

El Tribunal Constitucional Español, de gran influencia en el derecho constitucional peruano por la frecuente recepción de sus sentencias por el Tribunal Constitucional del Perú, afirma que “por estar en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática”, se tiene que garantizar al acusado “que no concurre **ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios** o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, puede producirse, entre otras consideraciones, **por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el thema decidendi**”; así se señala en la STC 69/2001 del 17 de marzo.<sup>28</sup> (Resaltado del autor).

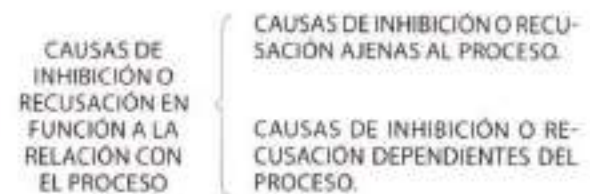
El mismo TC Español afirma que la imparcialidad objetiva tiene que garantizar que los magistrados intervengan en la causa sin prevenciones ni prejuicios **“que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previo con el objeto del proceso”**; así lo señala en la STC 157/1993, en la STC 157/1993 y en la STC 142/1997.<sup>29</sup> (Resaltado del autor).

**VALLDECRABRES ORTIZ**, afirma que en la doctrina del TC Español, el contacto del tribunal con

las partes o con los hechos, datos que deben servir para averiguar sobre la realización del delito, los autores y partícipes, puede provocar prejuicios o impresiones a favor o en contra, que hacen recusables a sus integrantes. Para el Tribunal Constitucional de España **el prejuicio es el fundamento de la causa de recusación**.<sup>30</sup> (Resaltado del autor).

**1.2.1. El prejuicio o contaminación procesal ocasiona la pérdida de imparcialidad en el tribunal.**

El maestro español Juan **MONTERO AROCA** al examinar las causas de abstención (inhibición) y recusación, señala que el criterio de clasificación más importante, y paradójicamente menos tratado, es el de la relación con el proceso, esto es, si la causa de la inhibición o recusación dependen o son ajenas a la causa judicial.<sup>31</sup>



Este criterio de la separación al juez del caso en función de la relación con el proceso, permite entender que una de las formas de proteger la garantía del tribunal imparcialidad, es el impedir la incompatibilidad de funciones procesales.<sup>32</sup>

Las causas de inhibición o recusación que protegen la garantía del tribunal imparcial,

27. *Ibid.*, pág. 173.

28. ORTELLS RAMOS, Manuel e Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, Dirección y Coordinación. Obra colectiva, *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981—2004)*. Thomson—Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 136.

29. *Ibid.*, pág. 139.

30. VALLDECRABRES ORTIZ, María Isabel *Op. Cit.*, pág. 172.

31. MONTERO AROCA Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, pág. 229.

32. *Ibid.*, pp. 236 — 238.



impidiendo la incompatibilidad de funciones procesales, se basan en circunstancias que se originan en el proceso, no fuera de él.<sup>33</sup>

La contaminación de criterio es una causa de inhibición o recusación que depende de la relación del tribunal con el proceso; específicamente por una resolución judicial anterior, que hace incompatible que el tribunal juzgue y sentencie al acusado, sea que se considere que ya tiene un prejuicio (o juicio anticipado) sobre el objeto del proceso, o porque la dación de la decisión anterior justifica objetivamente temor de parcialidad.



**VALLDECRABRES ORTIZ** señala que con la garantía de la imparcialidad objetiva, a través de la ley, se quiere evitar que influya en la resolución de un juez la convicción previa que se hubiese formado sobre el fondo del asunto al emitir un anterior fallo.<sup>34</sup> (Resaltado del autor).

Si bien **VALLDECRABRES ORTIZ** resalta que es la fuente del prejuicio y no sólo este, el que pone en cuestionamiento la imparcialidad de los magistrados; acepta, como ya se explicó a partir de la doctrina del TEDH en el "Caso Hauschildt contra Dinamarca", que existe "una clase de

prejuicios que, con independencia de la fuente permite **dudar fundamentadamente de la idoneidad del juez para sentenciar un caso.**

Se trata de aquellos casos en los que los magistrados **se manifiestan pública y directamente sobre el objeto del juicio**, por ejemplo mediante una sentencia anterior, que justifica la pérdida de confianza que cumplirá la exigencia de la ajenidad del objeto del proceso.<sup>35</sup> (Resaltado del autor).

El autor argentino Carlos **RIOS** precisa que uno de los requisitos básicos para el ejercicio imparcial de la jurisdicción, es que **el juez conozca y decida en determinada etapa del proceso sin que su tarea se encuentre condicionada por actuaciones u opiniones dadas con anterioridad a la sentencia definitiva.** El prejuzgamiento justifica el apartamiento del juez del proceso penal pues constituye un anticipo de criterio sobre el fondo de la cuestión a resolver.<sup>36</sup> (Resaltado del autor).

El autor español Joan **PICÓ I JUNOY** explica que en los supuestos de coimputados en un proceso penal en el que al existir rebeldía de uno de los acusados no se dicta sentencia respecto de él, si la pluralidad de imputados es respecto de un mismo delito, el Tribunal al juzgar y sentenciar a los acusados presentes va a tener un pleno conocimiento de los hechos sometidos al posterior enjuiciamiento del rebelde, por lo que difícilmente podría garantizarle un juicio imparcial.<sup>37</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del 7 de agosto de 1996 dada en el "Caso Ferrantelli y Santangelo", estableció que se justificaba el temor de falta de imparcialidad judicial del Tribunal que condenó a unas personas por los mismos hechos delictivos que

33. *Ibid.*, pág. 237.

34. VALLDECRABRES ORTIZ, María Isabel. *Op. Cit.*, pág. 158 — 159.

35. *Loc. Cit.*

36. RIOS, Carlos. *Inhibición y Recusación*. Editorial Mediterránea, Córdoba, República Argentina, 2005, pág. 66.

37. PICÓ I JUNOY, Joan. *Op. Cit.*, pp. 117 — 118.

ya había conocido anteriormente respecto de otros imputados.<sup>38</sup>

Advierte **PICO I JUNOY** que en los casos de conexión por pluralidad de imputados a quienes se les atribuye la comisión de varios delitos, que debieron ser objeto de acumulación; la sentencia del primer proceso permite establecer la falta de imparcialidad judicial, ya que en el segundo proceso el objeto será "la misma realidad fáctica anteriormente fallada respecto de los demás imputados".<sup>39</sup>

Otro caso de pérdida de imparcialidad judicial **PICO I JUNOY** lo advierte en los supuestos de "posible prefiguración del fallo", conforme lo estableció el Tribunal Supremo Penal Español en la Sentencia del 4 de abril de 1991: "ante idéntico tribunal la prueba practicada en un proceso no se diferencia absolutamente de la realizada en otro precedente, contra el mismo acusado, y en el que se dictó fallo condenatorio"; en este caso al "celebrarse el segundo proceso la decisión del órgano es absolutamente previsible antes de publicar la sentencia".<sup>40</sup>

**MONTERO AROCA** agrega otra forma de pérdida de imparcialidad del tribunal por su relación con el proceso; el caso penal contra dos acusa-

dos, en el que la rebeldía de uno exige la realización de dos juicios; se pregunta el autor español si el tribunal que juzga y sentencia en el primer caso, puede hacerlo en el segundo; llegando a la conclusión que no, por ser incompatible para el tribunal del primer juicio conocer el segundo juicio.<sup>41</sup> Explica que si la regla general es que el tribunal se forme con lo producido en el juicio oral, existe el peligro que de intervenir en el segundo juicio, ésta se forme con el conocimiento adquirido en el primer juicio.<sup>42</sup>

### 1.3. *Caso Hermoza Ríos: El tribunal continuó realizando el juicio oral a pesar de haber perdido imparcialidad por contaminación procesal.*

Los procesos penales por los casos "Barrios Altos", "La Cantuta", "La muerte del periodista Pedro Yauri" y "Desaparecidos de El Santa", en la fase de instrucción fueron acumulados para que se realizara un solo juicio oral.<sup>43</sup>

En pleno juicio oral el Tribunal dispuso, de oficio, nuevamente la desacumulación de los procesos, continuándose dos juicios orales: uno por el caso "La Cantuta" y otro por los casos "Barrios Altos", "La muerte del periodista Pedro Yauri" y "Desaparecidos del Santa".<sup>44</sup>

38. *Ibid.*, pág. 118.

39. *Loc. Cit.*

40. *Loc. Cit.*

41. MONTERO AROCA, Juan. *Loc. Cit.*, pp. 277 — 278.

42. *Loc. Cit.*

43. Mediante Resolución N° 43 de fecha 20 de febrero del 2004, la entonces denominada Primera Sala Penal Especial A, integrada por los vocales superiores Villa Bonilla, Tello de Necco y Ventura Cueva, en el Incidente N° 45—2002—N—1, confirmó el auto de acumulación de los casos "Desaparecidos del Santa", "La Cantuta" y "Pedro Yauri", promovida por el Procurador Ad Hoc; en la parte considerativa del auto de vista, en el considerando segundo, se recoge el siguiente argumento de la solicitud de acumulación de procesos: "Se trataron más bien de crímenes planificados, organizados y sistemáticos que desde los ámbitos de competencia del ejecutivo se realizaron como parte de una política de terror".

Mediante Resolución N° 250 de fecha 21 de diciembre del 2004, la Primera Sala Penal Especial A (con los mismos integrantes), en el Incidente N° 28—2001—Y—1, revocó el auto que declaró fundada la oposición a la acumulación del "Caso Barrios" y dispuso su incorporación al "Mega proceso contra el Grupo Colina" ("Desaparecidos del Santa", "La Cantuta" y "Pedro Yauri").

44. En la Sesión N° 29 del juicio oral del "Mega proceso contra el Grupo Colina" ("Desaparecidos del Santa", "La Cantuta", "Pedro Yauri" y "Barrios Altos"), de fecha 8 de marzo del 2006, la Primera Sala Penal Especial,

En pleno desarrollo del juicio oral la Sala dictó las siguientes sentencias:

- (i) La sentencia conformada de fecha 16 de septiembre del 2005; por la que condenó a **Julio Chuqui Aguirre** como autor de asociación ilícita por haber sido integrante del denominado "Grupo Colina" y autor de los asesinatos cometidos en los casos "Barrios Altos", "Pedro Yauri" y "Desaparecidos de El Santa", imponiéndole 6 años de pena privativa de la libertad; y a **Marco Flores Alvan** como autor de asociación para delinquir por integrar el "Grupo Colina", 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución.<sup>45</sup>
- (ii) La sentencia de aprobación del convenio de colaboración eficaz del 1 de junio del 2007 mediante la que condenó a **Jorge Enrique Ortiz Mantas** como autor del delito de asociación ilícita por haber sido integrante del "Grupo Colina"; coautor del secuestro agravado y asesinato en el "Caso Pedro Yauri"; coautor de los secuestros agravados y asesinatos en el "Caso de los Desaparecidos del Santa"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso La Cantuta"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas, y asesinatos cometidos en el "Caso de la Familia Ventocilla"; coautor de secuestro agravado, desaparición forzada y asesinato en el "Caso de Fortunato Gómez Palomino"; y coautor de secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso Paramonga";
- (iii) La sentencia de aprobación del convenio de colaboración eficaz del 1 de junio del 2007 mediante la que condenó a **Héctor Gamarra Mamani** como autor del delito de asociación ilícita por haber sido integrante del "Grupo Colina"; coautor del secuestro agravado y asesinato en el "Caso Pedro Yauri"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso La Cantuta"; autor de los asesinatos y lesiones graves cometidas en el "Caso Barrios Altos"; coautor de los secuestros agravados y asesinatos en el "Caso de los Desaparecidos del Santa"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas, y asesinatos cometidos en el "Caso de la Familia Ventocilla"; coautor de secuestro agravado, desaparición forzada y asesinato en el "Caso de Fortunato Gómez Palomino"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso Carretera Central"; y coautor de secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso Paramonga"; imponiéndole 15 años de pena privativa de la libertad.<sup>47</sup>
- (iv) La sentencia de aprobación del convenio de colaboración eficaz del 5 de junio del 2007 mediante la que condenó a **Pablo Andrés Atuncar Cama** como autor del delito de asociación ilícita por haber sido integrante del "Grupo Colina"; coautor del secuestro agravado y asesinato en el "Caso Pedro

invocando el derecho de los acusados a un proceso sin dilaciones indebidas; desacumuló el proceso del "Caso La Cantuta". Se resalta el fundamento del Tribunal porque cuando en un acto de defensa me opuse a la acumulación paradójicamente invoque el mismo derecho y pese a que, como hemos dicho, en primera instancia se declaró fundada la oposición, la Sala revocó la decisión.

- 45. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Necco, e Hilda Piedra Rojas, Acta de la sesión Nº 06 del 16 de septiembre del 2005, proceso penal Nº 28—2001.
- 46. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Necco, e Hilda Piedra Rojas, proceso especial de beneficio por colaboración eficaz Nº 001—2007.
- 47. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Necco, e Hilda Piedra Rojas, proceso especial de beneficio por colaboración eficaz Nº 003—2007.

Yauri"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso La Cantuta"; autor de los asesinatos y lesiones graves cometidas en el "Caso Barrios Altos"; coautor de los secuestros agravados y asesinatos en el "Caso de los Desaparecidos del Santa"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas, y asesinatos cometidos en el "Caso de la Familia Ventocilla"; coautor de secuestro agravado, desaparición forzada y asesinato en el "Caso de Fortunato Gómez Palomino"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso Carretera Central"; y coautor de secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso Paramonga"; imponiéndole 15 años de pena privativa de la libertad.<sup>48</sup>

- (v) La sentencia de aprobación del convenio de colaboración eficaz del 5 de junio del 2007 mediante la que condenó a **Hercules Gómez Casanova** como autor del delito de asociación ilícita por haber sido integrante del "Grupo Colina"; coautor del secuestro agravado y asesinato en el "Caso Pedro Yauri"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso La Cantuta"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas, y asesinatos cometidos en el "Caso de la Familia Ventocilla"; y coautor de secuestro agravado, desaparición forzada y asesinato en el "Caso de Fortunato Gómez Palomino"; imponiéndole 15 años de pena privativa de la libertad.<sup>49</sup>
- (vi) La sentencia de aprobación del convenio de colaboración eficaz del 7 de agosto

del 2007 mediante la que condenó a **Hugo Francisco Coral Goycochea** como autor del delito de asociación ilícita por haber sido integrante del "Grupo Colina"; coautor de los asesinatos y tentativas de asesinatos en el "Caso Barrios Altos"; coautor de secuestros agravados en el "Caso de los Desaparecidos del Santa"; coautor del asesinato cometidos en el "Caso de Pedro Yauri Bustamante"; coautor de secuestro agravado, desaparición forzada y asesinato en el "Caso de Fortunato Gómez Palomino"; coautor de los secuestro agravado, desaparición forzada y asesinato cometidos en el "Caso Carretera Central"; y coautor de secuestros agravados y asesinatos cometidos en el "Caso de la Familia Ventocilla"; y coautor de secuestros agravados y asesinatos en el "Caso Pativilca"; imponiéndole 15 años de pena privativa de la libertad.<sup>50</sup>

- (vii) La sentencia de aprobación del convenio de colaboración eficaz del 7 de agosto del 2007 mediante la que condenó a **José William Tena Jacinto** como autor del delito de asociación ilícita por haber sido integrante del "Grupo Colina"; coautor de secuestros agravados y asesinatos cometidos en el "Caso de los Desaparecidos del Santa"; coautor de los secuestros agravados, desapariciones forzadas y asesinatos cometidos en el "Caso la Cantuta"; imponiéndole 15 años de pena privativa de la libertad.<sup>51</sup>
- (viii) La sentencia en el "Caso La Cantuta" el 8 de abril del 2008, condenando por unanimidad a **Julio Rolando Salazar Monroe**, como autor de asesinato en

48. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Necco, e Hilda Piedra Rojas, proceso especial de beneficio por colaboración eficaz N° 002—2007.

49. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Necco, e Hilda Piedra Rojas, proceso especial de beneficio por colaboración eficaz N° 004—2007.

50. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Necco, e Hilda Piedra Rojas, proceso especial de beneficio por colaboración eficaz N° 006—2007.

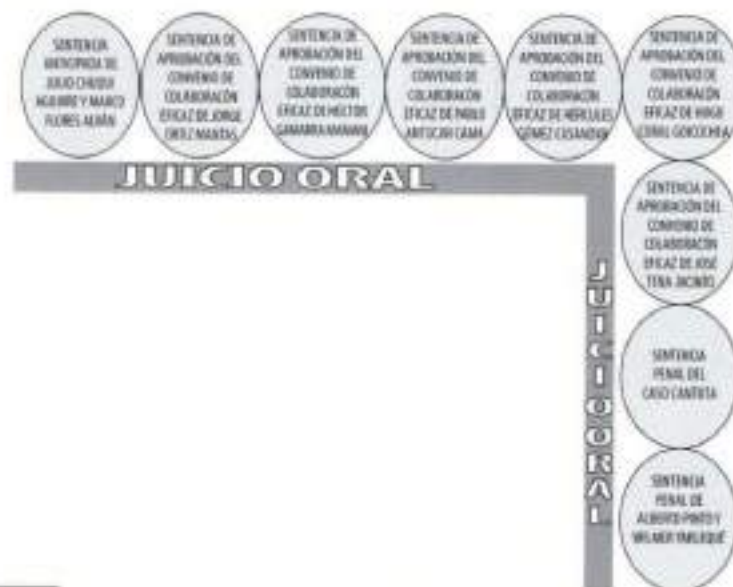
51. Loc. Cit.

agravio de Roberto Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Juan Mariños Figueroa, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Amaro Condor, Heraclidas Pablo Meza, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro y Hugo Muñoz Sánchez; y por mayoría como autor del delito de desaparición forzada en agravio de las mismas víctimas, imponiéndole por mayoría 35 años de pena privativa de la libertad. El Tribunal consideró que Julio Salazar Monroe, como Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, integró el aparato organizado de poder denominado "Grupo Colina" que fue una expresión de la política antisubversiva del gobierno de turno, que se manejó desde las "esferas superiores del SIN y del Ejército, bajo un comando de facto paralelo al formal".<sup>52</sup>

- (ix) La sentencia en el "Caso La Cantuta" contra **Alberto Segundo Pinto Cárdenas** y **Wilmer Yarlaqué Ordinola**, el 3 de julio del 2008, condenando por unanimidad a Wilmer Yarlaque Ordinola como autor de

asesinato en agravio de Robert Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Juan Mariños Figueroa, Felipe Flores Chipana, Luis Enrique Ortiz Perea, Richard Amaro Condor, Heraclidas Pablo Meza, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro y Hugo Muñoz Sánchez; y por mayoría como autor del delito de desaparición forzada en agravio de las mismas víctimas, imponiéndole 20 años de pena privativa de la libertad; y a Alberto Pinto Cárdenas lo condenaron por mayoría como cómplice primario de desaparición forzada y asesinato. La Sala ha establecido que Pinto Cárdenas como Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) conoció del destacamento de operaciones especiales "Grupo Colina" y de su misión de aniquilamiento de personas, al que apoyó en su funcionamiento manteniendo el destaque de sus miembros y la provisión de fondos más otros bienes; y que Yarlequé Ordinola fue miembro del "Grupo Colina", así como autor de las ejecuciones extrajudiciales cometidas en el "Caso La Cantuta".<sup>53</sup>

## 9 SENTENCIAS DURANTE EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL



52. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Nécco, e Hilda Piedra Rojas, proceso penal N° 03—2003—1° SPE/CSJL.
53. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Nécco, e Hilda Piedra Rojas, proceso penal N° 09—2003—1° SPE/CSJL. En la Sesión N° 124 del juicio oral del "Caso La Cantuta", mediante auto del 16 de enero del 2008, se desacumulan las imputaciones contra Pinto Cárdenas.

### 1.3.1. *Ubicación de la causa de recusación; prejuicio o contaminación procesal del tribunal; en el Código de Procedimientos Penales.*

El artículo 40 del Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley N° 28117 del 10 de diciembre del 2003, limita la recusación de los vocales superiores en el juicio oral a las causas establecidas en el artículo 29; no permite invocar el temor de parcialidad previsto en el artículo 31.

Existen dos alternativas para fundamentar en la ley procesal la causal de prejuicio o contaminación procesal del tribunal:

#### 1.3.2. *La interpretación teleológica del artículo 29 inciso 7.*

¿Cuál es la razón legal (*ratio legis*) de la prohibición que el juez de instrucción juzgue y sentencie al procesado? Evidentemente el peligro a la imparcialidad, o si se prefiere, la mayor dificultad de cumplir con la exigencia de ajenidad del objeto del proceso.

Se asume que el juez de instrucción por su contacto con el objeto del proceso al investigar, o al dictar resoluciones cautelares o interlocutorias, se contamina por la formación de un prejuicio sobre la materia del juicio y la sentencia, razón por la cual es incompatible su función de instruir con la de juzgar y sentenciar.

La misma razón legal se tiene en el caso de un tribunal que ha emitido sentencia anterior sobre el mismo objeto procesal; sentencias confor-

madas, sentencias aprobatorias de convenios de colaboración eficaz y sentencias de fondo.

**PICO I JUNOY**, en base a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el "*Caso De Cubber contra Bélgica*", ya citado, señala que una interpretación rigurosa, literal o restringida, de las reglas que señalan las causas de inhibición y recusación, es violatoria de la garantía del tribunal imparcial considerada en el artículo 6.1 del Convenio de Roma; por el contrario el TEDH exige una "interpretación flexible o extensiva de las causas de recusación es lo más acorde al derecho a un proceso justo con todas las garantías."<sup>54</sup>

La interpretación flexible o extensiva del artículo 29 inciso 7 permite ubicar al prejuzgamiento o contaminación del tribunal como causa de recusación.

#### 1.3.3. *La inconstitucionalidad parcial del artículo 40 al limitar las causas de recusación del tribunal en pleno juicio oral.*

Por su naturaleza de derecho fundamental o derecho humano, el derecho a un tribunal imparcial tiene rango de garantía procesal constitucional; esto significa que el Estado, conforme a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, asume el compromiso de implementar un sistema legal y judicial que haga realidad en el proceso penal el juzgamiento del acusado por un tribunal imparcial.

Existen tres sistemas para regular las causas de inhibición o recusación:<sup>55</sup>

54. PICO I JUNOY, Joan. *Loc. Cit.*, pág. 50.

55. *Ibid.*, pp. 46 y 47.

a) **Sistema cerrado:** o de *numerus clausus*; se establecen taxativamente en la ley las causas.

b) **Sistema abierto:** o de *numerus apertus*; no se elabora una lista de causas en la ley, sino se emplea en ésta una fórmula muy amplia para abarcar todos los supuestos de temor de parcialidad.

c) **Sistema mixto:** se indican en la ley los casos más frecuentes de pérdida de imparcialidad, pero además se permite invocar otros motivos de temor de parcialidad mediante una cláusula complementaria o de "cierre".

El Tribunal Constitucional Español en la STC 157/1993 del 6 de mayo de 1993 establece que el legislador ordinario está vinculado por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en cuanto a los motivos de inhibición y recusación; es decir, que su elección no queda librada a su voluntad, sino a su deber de garantizar un tribunal imparcial al acusado; razón por la que el TCE no admite los sistemas cerrados, al señalar que los órganos jurisdiccionales del sistema de protección de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden establecer causas no previstas en la legislación ordinaria.<sup>59</sup>

En el Código de Procedimientos Penales se aprecia la utilización de dos sistemas, el mixto y el cerrado:

- Las causas de recusación de jueces se regulan mediante un sistema mixto; en el artículo 29 se establecen motivos típicos y en el artículo 31 una cláusula de cierre para comprender todos los supuestos de sospecha de parcialidad.
- Las causas de recusación de los vocales se regulan mediante dos sistemas, mixto y cerrado, dependiendo si se formula en la fase preparatoria o en la de juicio oral; en el artículo 40 se contempla que si es en la fase preparatoria el sistema es mixto (casos de los artículos 29 y 31); pero si se formula en la fase de juicio oral el sistema es cerrado, solamente se recusa por causa prevista taxativamente en el artículo 29.

El sistema cerrado en la fase de juicio oral del artículo 40 del Código de Procedimientos Penales colisiona con la garantía del tribunal imparcial establecida en los artículos 10 de la

La doctrina, como explica **PICO I JUNOY**, sostiene que el sistema cerrado colisiona con la garantía procesal constitucional del tribunal imparcial, que no admite dejar a la voluntad del legislador ordinario los casos que afecten la imparcialidad judicial; por el contrario, tiene el deber de garantizar que todo motivo de temor de parcialidad permita la separación de un tribunal.<sup>56</sup>

El sistema legal y el judicial tienen que garantizar en todo caso que un juez no imparcial, o sobre el que se dude razonablemente de su imparcialidad, pueda ser excluido del ejercicio de sus funciones, esto es, separado del juicio e impedido de sentenciar.<sup>57-58</sup>

56. *Ibid.*, pág. 48.

57. *Loc. Cit.*

58. MAIER, Julio B. J. *Loc. Cit.*, pág. 754.

59. Tribunal Constitucional Español, Recurso de cuestión de constitucionalidad, Sentencia 157/1993, 6 de mayo de 1993, Fundamento 3.

Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Para superar tal inconstitucionalidad es necesario, vía control difuso, dejar de aplicar la regla del artículo 40, primer párrafo, que limita las causas de recusación durante el juicio oral, para permitir que se utilice el artículo 31, el temor de parcialidad como motivo de exclusión del tribunal.

La garantía procesal constitucional del tribunal imparcial exige que probado un hecho producido durante el plenario y justificado el temor de parcialidad del acusado por contaminación procesal, el sistema legal y judicial no puede impedir la exclusión de los jueces superiores; en el caso que estoy analizando, las integrantes de la Primera Sala Especial.

**1.4. El prejuicio o contaminación procesal generada por la sentencia conformada dictada por la Primera Sala Penal Especial.**

La Primera Sala Penal Especial Superior al emitir la sentencia conformada en el proceso de conformidad parcial con la acusación de Julio Chuqui Aguirre y Marcos Flores Alvan, se

formó un prejuicio sobre los mismos hechos que forman el objeto de este proceso penal:

- El Tribunal Penal se formó un prejuicio sobre la existencia del Grupo Colina como un comando operativo clandestino para operaciones especiales que formaba parte de la política del Estado de lucha contra el terrorismo; una organización militar jerarquizada cuyo fin era eliminar extrajudicialmente a presuntos miembros de las células terroristas.
- El Tribunal Penal se formó un prejuicio sobre que los miembros del Grupo Colina el 3 de noviembre de 1991 incursionaron en el Jirón Huanta N° 840 Barrios Altos y mataron a 15 asistentes a la pollada que allí se realizaba, incluyéndose dentro de las víctimas un niño de 9 años, así como hirieron de gravedad a 4 personas.
- El Tribunal Penal se formó un prejuicio sobre la incursión que realizaron los miembros del Grupo Colina en el Distrito del Santa, Departamento de Ancash, secuestrando con extrema violencia a las víctimas del llamado caso “desaparecidos de El Santa”.
- El Tribunal Penal se formó un prejuicio sobre el secuestro y posterior asesinato que realizaron los miembros del Grupo Colina al periodista Pedro Yauri Bustamante en la ciudad de Huacho entre el 23 y 24 de junio de 1992.

OBJETO DEL JUICIO FORMADO EN LA SENTENCIA CONFORMADA	OBJETO DEL JUICIO ORAL
1) Existencia de la asociación ilícita Grupo Colina.	1) Existencia de la asociación ilícita Grupo Colina.
2) Participación de los integrantes del Grupo Colina en los asesinatos, tentativas de asesinatos y lesiones graves del Caso Barrios Altos.	2) Participación de los integrantes del Grupo Colina en los asesinatos, tentativa de asesinatos y lesiones graves del Caso Barrios Altos.
3) Participación de los integrantes del Grupo Colina en los secuestros del Caso de los desaparecidos del Santa.	3) Participación de los integrantes del Grupo Colina en los secuestros del Caso de los desaparecidos del Santa.
	4) Participación de los integrantes del Grupo Colina en los asesinatos del Caso de los desaparecidos del Santa.
4) Participación de los integrantes del Grupo Colina en el secuestro y asesinato del periodista Pedro Yauri.	5) Participación de los integrantes del Grupo Colina en el secuestro y asesinato del periodista Pedro Yauri.



La Sala Penal con la sentencia conformada ha condenado a Julio Chuqui Aguirre como autor de los delitos de asociación ilícita, asesinato, tentativa de asesinato y secuestro agravado en agravio de las víctimas de la matanza de Barrios Altos, del Santa, y de Pedro Yauri Bustamante; y a Marco Flores Alvan como autor de asociación ilícita.

En el proceso de conformidad parcial con la acusación el tribunal se formó un prejuicio que trae ahora al juicio oral, pues los hechos por los que se juzga al acusado no conformado Nicolás de Bari Hermoza Ríos son los mismos por los que condenó a los acusados conformados Chuqui Aguirre y Flores Alvan.



La Sala Penal se formó un prejuicio sobre la existencia del Grupo Colina, las matanzas de Barrios Altos, de los desaparecidos del Santa y del periodista Pedro Yauri, con mucha anticipación a la sentencia condenatoria que terminó emitiendo en el proceso penal.

En el juicio oral, primero por oposición a la conformidad parcial con la acusación y segundo por recusación, se discutió el tema que la sentencia conformada como fuente de prejuicio en el tribunal, que afectó su imparcialidad y le impedía conocer el juicio oral contra los acusados no conformados, 54, de los 57 acusados.<sup>60</sup>

El argumento que usó la Primera Sala Penal Especial Superior para rechazar la oposición y la recusación fue que no podía incurrir en prejuicio porque no efectuó valoración de la prueba en la sentencia conformada; tal consideración fue errada.

El prejuicio tuvo como origen el juicio adelantado sobre el objeto del proceso penal, y este se produce, como es evidente, cuando el juez se pronuncia sobre el mismo en un momento anterior, sea en otro proceso penal o, como en este caso, en un proceso de conformidad parcial con la acusación.

El proceso de conformidad con la acusación es un aceleramiento del juicio oral respecto de los acusados que aceptan la requisitoria; en la realidad se trata del mismo proceso penal, en el que unos acusados tienen su juicio oral antes que el resto.

El prejuicio se puede producir por valoración de la prueba, o por otras razones (el juez es testigo del hecho o **desprecia al acusado**<sup>61</sup>); el prejuicio es la consecuencia y la valoración de la prueba una de las posibles causas; por lo que es incorrecto afirmar que prejuicio es sinónimo de apreciación de la prueba, o su única causa.

Adicionalmente es discutible si la Sala en este procedimiento no realiza actividad de valoración de prueba alguna; en el Acuerdo Plenario N° 5—2008/CJ—116 adoptado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de fecha 13 de noviembre del 2009; en el Fundamento 10 al desarrollar el contenido del control de legalidad sobre la acusación, se expresa que abarca la comprobación de "suficiente actividad indiciaria". Considero que esta operación jurisdiccional es similar al control probatorio de la acusación que realiza el Juez de

60. En el proceso de conformidad 3 aceptaron la acusación, pero a uno se le declaró improcedente porque se encontraba en un proceso de colaboración eficaz.

61. Causa de prejuicio no tratada por temor o por indiferencia que lleva a los jueces a no considerar a este sentimiento como un hecho que viola la garantía del tribunal imparcial.

la Etapa Intermedia en el nuevo proceso penal, que justamente le impide realizar el juicio oral.

Si el control de la acusación impide al Juez de la Etapa Intermedia celebrar el juzgamiento, ¿por qué no la emisión de la sentencia conformada?

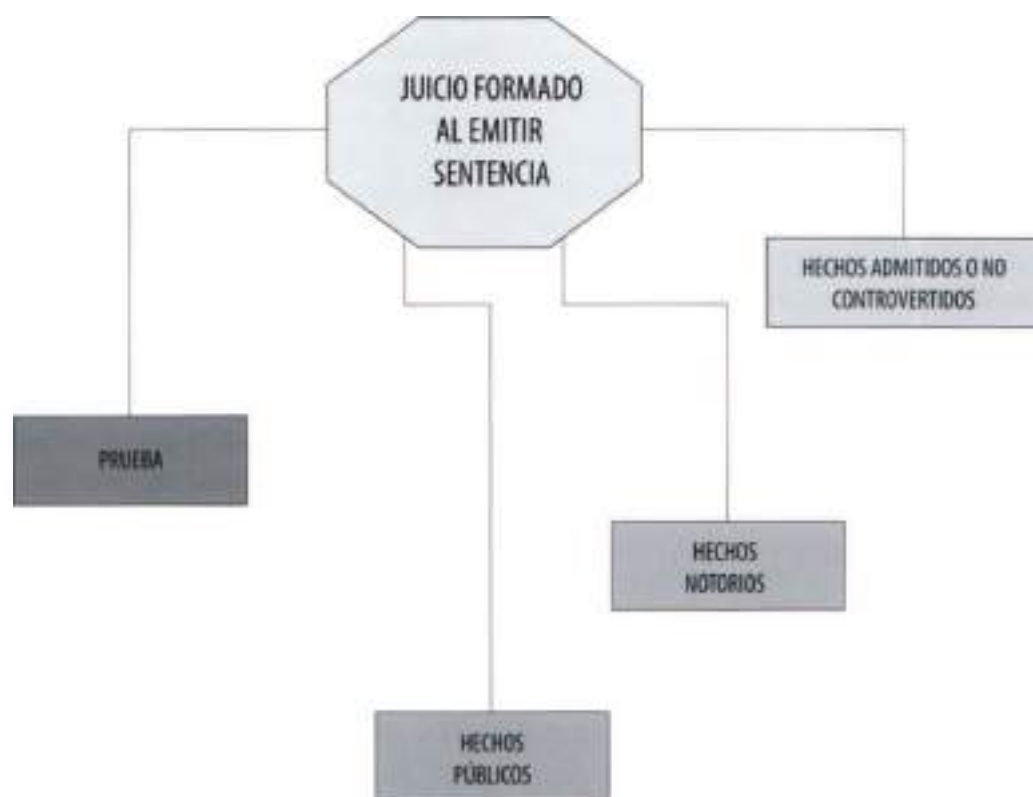
Finalmente, si no se admite el control probatorio en el proceso de conformidad con la acusación, no es relevante; el prejuicio, en el caso tratado, no tuvo su causa en una operación de apreciación de la prueba, sino en el juicio que el Tribunal Penal se formó al dictar la sentencia conformada sobre los hechos objeto del proceso penal contra los 54 acusados no conformados.

El juicio sobre los hechos no solamente tiene como origen la prueba, hay otras formas de alcanzarlo; los hechos públicos, los hechos notorios, o los hechos admitidos como en el caso del procedimiento de conformidad con la acusación. (Según el cuadro)

En la sentencia conformada el tribunal determina que se ha cometido un delito y que el acusado es autor, esto evidentemente constituye la formación de un juicio de culpabilidad o responsabilidad penal; otra cosa es la fuente de la convicción judicial; normalmente la prueba, pero en el caso del procedimiento de conformidad del acusado, la fuente son los hechos conformados, esto es, acusados y aceptados.

No se puede negar que la Primera Sala Penal Especial Superior al dictar la sentencia conformada se formó un juicio sobre los hechos objeto del proceso penal al que estuvo sometido Nicolás Hermoza Ríos, conjuntamente con el resto de no conformados.

El juicio formado en la sentencia conformada constituye un prejuicio que hizo perder imparcialidad a la Primera Sala Penal Especial en el proceso penal contra los no conformados.



Un ejemplo claro que el juez se puede formar un prejuicio sin necesidad de prueba, se tiene en la causa prevista en el artículo 29 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales; el caso del juez que presencia el hecho objeto del proceso penal; es obvio que su percepción directa del suceso le ha formado un juicio, que constituiría un prejuzgamiento si pretende integrar el tribunal que celebrará el juicio oral del acusado.

La Primera Sala Penal Especial al dictar la sentencia condenatoria de fecha 1 de octubre del 2010, en el "Caso del Grupo Colina", al resolver la nulidad del juicio oral que se dedujo por violación de la garantía del tribunal imparcial, la desestimó invocando el rechazo de la recusación que se formuló en el juicio anticipado a los conformados y los límites de la cosa juzgada.<sup>62</sup>

El auto que resolvió la recusación no era oponible; no trató "ni en una línea" si la sentencia conformada origina prejuicio, sino que además el efecto de cosa juzgada, en este caso formal, no se produjo si la resolución judicial adolece de nulidad procesal absoluta por la vulneración del derecho fundamental al tribunal imparcial.

Los límites de la cosa juzgada, subjetivo y objetivo, igualmente no eran aplicables para resolver la nulidad, pues en ningún momento se argumentó que se pretendía aplicar la sentencia conformada a los no conformados, sino si produjo prejuicio y si afectaba la garantía del tribunal imparcial.

Nada dijo el Tribunal sobre el núcleo de la discusión, si la sentencia conformada, con o sin control probatorio sobre la acusación, razonablemente puede estimarse que provoca prejuicio en el tribunal.

Lo mismo se repite en la sentencia de revisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 20 de julio del 2012.

En la página 94 de la sentencia se invoca el Acuerdo Plenario N° 5—2008 para argumentar la posibilidad de separar el juicio adelantado por conformidad y el juicio oral de los no conformes, sin embargo se aplica erradamente la regla, porque ello solo es posible cuando hay objeto del proceso es divisible por estar formado por más de un hecho, pues si se trata del mismo es imposible la desacumulación, es un problema de identidad o conexión de objeto; se elude definir si la sentencia conformada produce prejuicio, arguyendo que no hay valoración de prueba, dejando una vez más sin respuesta, las preguntas: ¿solamente la valoración de la prueba produce prejuicio?; ¿el control probatorio de la acusación no implica causa de prejuicio?<sup>63</sup>

*1.4.1. La indebida aplicación de la regla del artículo 5° inciso 4 de la Ley N° 28122, correspondiente a la conformidad parcial con la acusación.*

El artículo 5 de la Ley N° 28122 regula la institución de la conformidad con la acusación.

El Acuerdo Plenario N° 5—2008/CJ—116, celebrado el 18 de julio del 2008 en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, ha establecido las reglas del procedimiento en caso de conformidad con la acusación.<sup>64</sup>

El artículo 5 inciso 4 de la Ley N° 28122 regula el procedimiento de la conformidad parcial, que se da en el caso de pluralidad de acusados, de los cuales unos expresan conformidad con la acusa-

- 
62. Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, página 167 de la sentencia dictada en el proceso signado como Expediente N° 28—2001.
63. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, páginas 94 y 95 de la sentencia dictada en el proceso signado como Recurso de Nulidad N° 4104—2010 Lima.
64. El Acuerdo Plenario no existía al dictarse la sentencia conformada, su base fue principalmente la Ejecutoria Suprema Vinculante N° 1766—2004/Callao del 21 de septiembre del 2004; también se dio antes la Ejecutoria Suprema Vinculante N° 2206—2005/Ayacucho del 12 de julio del 2005.

ción y otros no. La norma procesal citada fija un límite a la procedencia del juicio oral acelerado en este caso: "...salvo que la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral".

Lamentablemente la norma procesal penal no señala los criterios que permitir identificar en qué casos la conformidad parcial afectaría el juicio oral de los acusados no conformados.

El Acuerdo Plenario N° 5—2008/CJ—116 ha desarrollado el inciso 4 del artículo 5, regulando la conformidad parcial mediante "reglas de ruptura de la unidad del juicio". En el apartado 3. La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio, párrafo 13<sup>65</sup>, establece el límite de procedencia de la conformidad parcial con la acusación:

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

*En suma, si los hechos están clara y nitidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico **delimita perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe**, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se afectaría el resultado del debate oral."* (Resaltado del autor).

Si bien en el Acuerdo Plenario se precisa que el legislador peruano se apartó de la

fuentes española al permitir la "ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a la conformidad parcial", es indispensable acudir al derecho procesal penal español para entender los límites a la conformidad parcial; en la justicia española, a pesar que Ley de Enjuiciamiento Criminal establece como regla la no procedencia de la conformidad sino no están de acuerdo todos los acusados, se admiten excepciones.

El planteamiento es el siguiente: **la excepción a la regla de la no procedencia de la conformidad parcial en España, permite fijar los criterios para limitarla en el Perú.**

En el derecho español se admite como excepción, sin discusión, la conformidad parcial en el caso de delitos conexos, en los que es posible desacomular procesos; un proceso para los acusados conformes y otro para los acusados disconformes.

Procede la conformidad parcial en un proceso penal contra una pluralidad de acusados por varios delitos, siempre que sea posible imputar los hechos delictivos acumulados por conexión independientemente a cada uno de los coacusados; en otros términos que sea procedente desacomular, o si se prefiere romper la continencia de la causa porque se pueden separar los distintos objetos del proceso acumulados.<sup>66 67</sup>

La excepción que en el derecho procesal penal español se admite a la prohibición de la conformidad parcial, tiene un antiguo antecedente en la sentencia del Tribunal Supremo Español del 26 de junio de 1885, en la que en un proceso penal por hechos diversos cometidos por distintos procesados, un acusado expreso conformidad con el extremo de su acusación

65. DÍAZ PITA, María Paula. *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el proceso abreviado*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006, pp. 49 – 50.

66. DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, pp. 342 – 348.

67. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Obra colectiva, Derecho Jurisdiccional III*, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1995, pág. 307.

y el otro no; disponiendo el tribunal sólo llevar a juicio al procesado disconforme.<sup>68</sup>

La correctamente aplicación del Acuerdo Plenario N° 5—2008/CJ—116, exige la previa comprensión del concepto continencia de la causa, pues sólo así se podrá captar el significado de "ruptura de la continencia de la causa" que la Corte Suprema ha señalado como justificación de la conformidad parcial con la acusación.

La continencia de la causa es, en palabras de José **ALMAGRO NOSETE**, "la cualidad de una causa para contener o comprender diversos objetos del proceso".<sup>69</sup>

La continencia de la causa se daría en caso acumulación de delitos conexos y la ruptura cuando se puedan individualizar, desacumular los objetos del proceso, a fin que cada acusado enfrente los cargos que se formulan de la forma que considere su defensa; conformidad o disconformidad; y sin que la sentencia del juicio acelerado afecte el proceso del acusado disconforme.

Distinto es el caso de un proceso penal cuyo objeto es un solo hecho realizado en participación criminal, esto es atribuido a varios acusados; la ruptura del juicio no es procedente, no porque la sentencia conformada tenga efecto vinculante en el proceso de los disconformes, obviamente ello no es posible por el límite de la cosa juzgada, **sino por la incidencia que tiene en la garantía del tribunal imparcial.**

El Acuerdo Plenario N° 5—2008/CJ—116 no trata expresamente el tema de la sentencia conformada y el derecho a un tribunal imparcial en el juicio a los acusados disconformes; se

limita a señalar que el tribunal no valora prueba en el proceso de conformidad con la acusación; pero como ya se señaló, **hay otras formas de contaminación procesal**, porque la Sala no se forma el juicio de culpabilidad solamente con prueba, sino como en este caso con hechos admitidos.

La Primera Sala Penal Especial enfrenta el cuestionamiento desde un ángulo diferente y equivocado; menciona el principio de celeridad procesal, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas para los acusados conformados, el límite subjetivo de la cosa juzgada, en fin, explica la procedencia de dos juicios separados para conformados y no conformados, lo que nadie discute, el problema, ¡callado! es si el mismo tribunal puede celebrar ambos, lo que pasa por la sentencia conformada como causa o no de prejuicio.<sup>70</sup>

Tales aspectos tampoco no fueron considerados por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, pues se limitó a argumentar que conforme al Acuerdo Plenario N° 5—2008/CJ—116 es posible separar el juicio penal de los no conformados y los conformados, pero no aplicó correctamente la regla para ello, con lo que concluyo, equivocadamente, que no se violó la garantía del tribunal imparcial, incluso invoca la sentencia del Tribunal Constitucional que desestimó un habeas corpus que se promovió por este problema, sin considerar que en ella no se trata, como demuestro más adelante, una sola de las infracciones que se produjeron en el proceso penal.<sup>71</sup>

*1.4.2. Contaminación procesal a partir de controles y operaciones que el tribunal debe realizar sobre el objeto del proceso de conformidad con la acusación.*

68. DÍAZ PITA, María Paula. *Op. Cit.* pág. 50.

69. DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. *Op. Cit.* pp. 346 — 347.

70. Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, página 168 a 170 de la sentencia dictada en el proceso signado como Expediente N° 28—2001.

71. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, páginas 94 y 94 de la sentencia dictada en el proceso signado como Recurso de Nulidad N° 4104—2010 Lima.

La contaminación procesal puede surgir de los controles y operaciones que el tribunal tiene que realizar sobre el objeto del proceso de conformidad con la acusación.

Luis Alfredo **DE DIEGO DIEZ** afirma que si bien en el proceso de conformidad con la acusación rige el principio del consenso, el órgano jurisdiccional tiene funciones de control de la legalidad in bonam partem, es decir, a favor del acusado, que responden a "imperativos de legalidad y justicia", ya que no es tolerable una condena ilegal, así haya sido aceptada por el acusado.<sup>72</sup>

El tribunal tiene que efectuar los siguientes controles:

- a. **Control de la existencia del hecho o de una causa probable:** Hay discusión en torno a este control porque se argumenta que el tribunal queda vinculado por el consenso de las partes respecto de la existencia del hecho; sin embargo se considera que así como el juez penal tiene la potestad de calificar la denuncia para verificar una mínima base probatoria; el tribunal tiene la potestad de calificar la acusación para comprobar una causa probable; téngase presente que la notoria insuficiencia de prueba de cargo es causa de sobreseimiento definitivo. Ejemplo: si el tribunal aprecia que existen hechos públicos o notorios que determinan la inexistencia del delito; o verifica la imposibilidad de su prueba, el fiscal acusa sólo con testimonios sumariales y no ofrece a los testigos para que comparezcan al juicio oral; ¿el tribunal en tales casos queda atrapado por el consenso de las partes sobre los hechos? Se sostiene que NO.<sup>73</sup>

- b. **Control del carácter delictivo del hecho aceptado:** El tribunal tiene que verificar,

así haya consenso del hecho por las partes, si existe una causa de ausencia de tipo, atipicidad, una causas de justificación, una causa de exclusión de la culpabilidad, o una causa de exculpación.

- c. **Control de la penalidad convenida:** El tribunal tiene que verificar en primer lugar que no hayan causas personales de exclusión de la pena, ni causas personales de levantamiento de la pena; y en segundo lugar que no concurren circunstancias atenuantes de la pena privilegiadas u ordinarias (comunes).

Asimismo el tribunal al emitir la sentencia conformada tiene que efectuar las siguientes operaciones:

OPERACIONES  
JUDICIALES EN  
LA SENTENCIA  
ANTICIPADA O  
COFORMADA

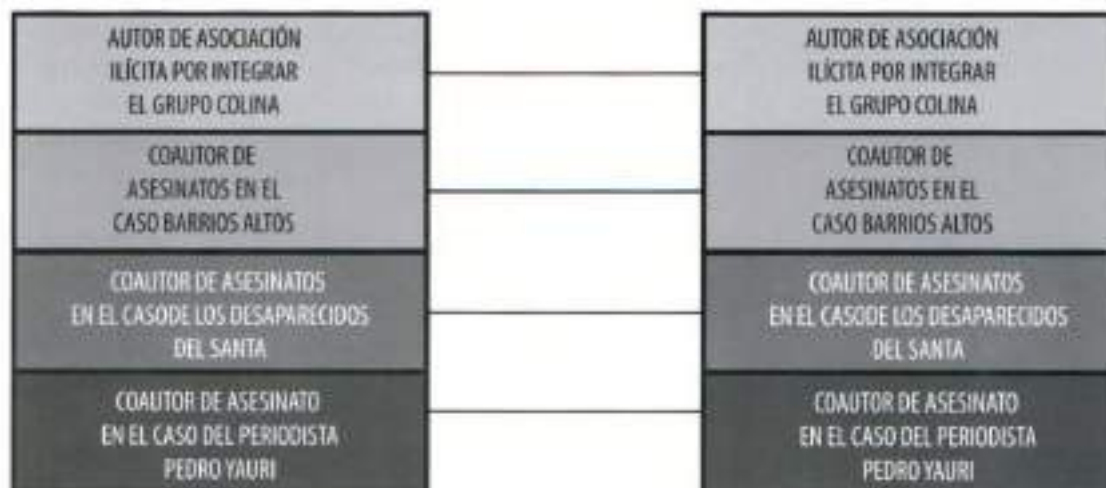
- Operación de determinación del delito.
- Operación de dosimetría judicial.

Es imposible negar que los controles y operaciones que realiza el tribunal en el proceso de conformidad parcial con la acusación hagan que adquiera un prejuicio sobre el objeto del juicio oral a realizar a los acusados no conformados.

La Primera Sala Penal Especial Superior y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no tuvieron en consideración que no era posible la ruptura de la continencia de la causa o la división de los distintos objetos del proceso acumulado, pues los hechos que fueron materia de la sentencia conformada; autor de asociación ilícita por integrar el Grupo Colina, coautor de los asesinatos en el Caso

72. DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. *Op. Cit.* pág. 360.

73. MORENO CATENA, Victor, Angela COQUILLAT VICENTE, Alfredo DE DIEGO DIEZ, Angel JUANES PECES y Emilio, *El Proceso Penal. La Fase Intermedia, la prueba, conclusiones, el juicio oral, sentencia y cosa juzgada.* Volumen III, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000., pp.2044 y 2045.



Barrios Altos, coautor de los asesinatos en el Caso desaparecidos del Santa y coautor del asesinato del periodista Pedro Yauri; fueron los mismos que se atribuyeron a Nicolás Hermoza en el proceso penal. (ver ilustración inicio de la página)

La sentencia con la que terminó el proceso de conformidad parcial con la acusación generó violación de la garantía del tribunal imparcial por una indebida aplicación de la regla del artículo 5 inciso 4 de la Ley N° 28122.

**1.5. Prejuicio o contaminación procesal generado por las 6 sentencias de aprobación de**

*convenios de colaboración eficaz dictadas por la Primera Sala Penal Especial.*

**1.5.1. Identidad del objeto de las 6 sentencias aprobatorias de los convenios de colaboración eficaz y del objeto de la sentencia que se emitió al final del juicio oral.**

La Sala Penal dictó 6 sentencias de aprobación de convenios de colaboración eficaz de forma paralela al juicio oral.

Se advierte la identidad al comparar el objeto de las 6 sentencias de aprobación del convenio de colaboración eficaz, con el objeto de la sentencia penal que se dictó al final del plenario.

OBJETO DE LAS SENTENCIAS DE APROBACION DE LOS CONVENIOS DE COLABORACION EFICAZ	OBJETO DE LA SENTENCIA QUE SE EXPIDIÓ A PARTIR DEL JUICIO ORAL
1) Existencia del Grupo Colina	1) Existencia del Grupo Colina
2) Realización de operaciones especiales de aniquilamiento de presuntos terroristas.	2) Realización de operaciones especiales de aniquilamiento de presuntos terroristas
3) Participación del Grupo Colina en las muertes de los Casos "Pedro Yauri", "Barrios Altos", "La Cantuta", "Desaparecidos del Santa", "Familia Ventocilla", "Fortunato Gómez Palomino"; y "Paramonga".	3) Participación del Grupo Colina en las muertes de los Casos "Barrios Altos", "Desaparecidos del Santa" y "Periodista Pedro Yauri".

1.5.2. El control del tribunal de la legalidad de los convenios de colaboración eficaz en la sentencia aprobatoria generó prejuicio sobre el objeto de la sentencia a dictar en el juicio oral.

El Artículo 17 del Decreto Supremo N° 035—2001—JUS (Reglamento de la Ley N° 27378) establece que a través de una sentencia el órgano jurisdiccional controla la legalidad del acuerdo.

Pablo **SANCHEZ VELARDE**, Fiscal Supremo Penal, establece que en el proceso especial de colaboración eficaz, el juez o tribunal tiene la función de control de la legalidad.<sup>74</sup>

Cuando el juez o el tribunal realizan el control de la legalidad de los convenios de colaboración eficaz, necesariamente, toman contacto con su objeto, se forman un juicio sobre el mismo, que se expresa en la sentencia de aprobación del acuerdo.

César **SAN MARTIN CASTRO**, Presidente del Poder Judicial, comentando el ámbito de control judicial del acuerdo de colaboración eficaz, afirma "que el juez haga un análisis razonable acerca de la existencia de base en la realidad para una admisión de cargos, esto es, que existan fundamentos para estimar que el colaborador cometió los delitos que admite o no cuestiona"; con base en el derecho de los Estados Unidos, el autor nacional afirma que el objeto de control en este tema es la "probable cause", esto es, la causa probable que el colaborador ha cometido el delito.<sup>75</sup> **SAN MARTIN CASTRO**, a diferencia del caso de la conformidad, **aquí sí admite control probatorio**, que claramente es una fuente de formación de prejuicio.

En Estados Unidos existe el proceso de la "plea of guilty", la decisión del acusado de

declararse culpable, en la cual se determina su responsabilidad penal y sanción en una negociación que realiza con el fiscal; al igual que en el Perú, el Poder Judicial tiene una función de control, que en el caso específico de la verificación de la exigencia de la "exactitud de la confesión", implica que el tribunal se "asegure que realmente cometió un delito", lo que evidencia un control probatorio.<sup>76</sup>

En el derecho procesal penal colombiano las negociaciones y preacuerdos (lo que en el Perú sería el acuerdo) son también objeto de control judicial, el que abarca la verificación de prueba, pues el principio de legalidad exige que sólo haya sanción por delitos realmente cometidos; lo que no se alcanza con verdades formales o consensuadas, sino únicamente con verdad material, esto es, evidencias, como señaló la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C—1195 del 22 de noviembre del 2005, al indicar que la aceptación de cargos "no excluye el esfuerzo judicial en la determinación de la verdad".<sup>77</sup>

La operación de control de la legalidad de los convenios de colaboración eficaz, al comprender una verificación de la existencia de prueba suficiente para sustentar una condena, produce en el Tribunal un prejuicio sobre los hechos por los que se procesará o juzgará a las personas que no se acogieron a la colaboración eficaz.

En las 6 sentencias de aprobación de los convenios de colaboración eficaz, dictadas de forma paralela al juicio oral, la Sala Penal controló las negociaciones y los acuerdos, por tanto, ha tenido que verificar si en todos existía prueba suficiente para condenar por los casos "Casos Barrios Altos", "Desaparecidos de El Santa" y "Pedro Yauri".

74. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. IDEMSA, Lima, 2004., pág. 938.

75. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 2ª edición, GRIJLEY, Lima, 2003., pág. 1429.

76. DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. *Justicia Criminal Consensuada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999., pág. 64 — 72.

77. GARZÓN MARÍN, Alejandro, César AUGUSTO LONDOÑO, Gloria Cristina MARTÍNEZ MARTÍNEZ. *Negociaciones y Preacuerdos*. Tomo II, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2007., pp. 318 a 322.

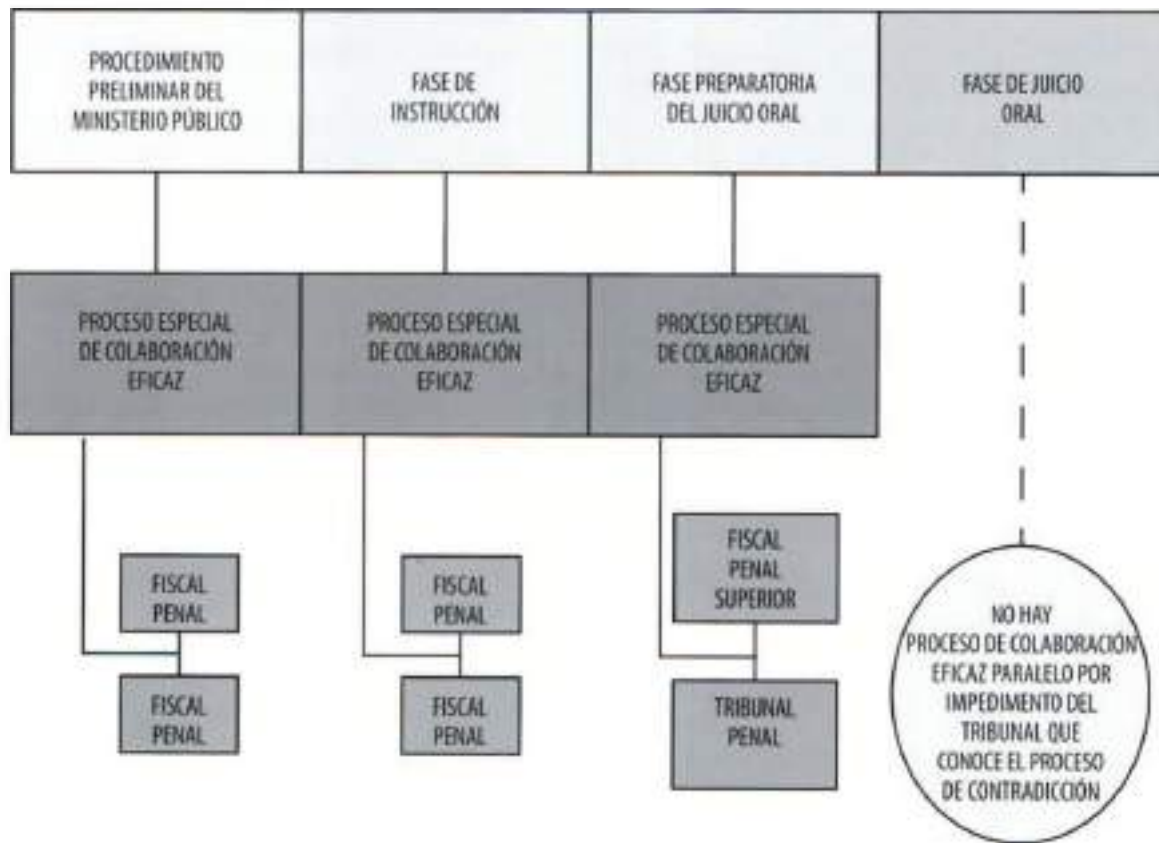


El prejuicio formado en las 6 oportunidades respecto de la sentencia que luego emitió en el juicio oral fue manifiesto.

La Ley N° 27378 y su reglamento regulan el proceso de colaboración eficaz antes del inicio del juicio oral; al punto que consideran que el Fiscal puede abstenerse de acusar al colaborador a fin de evitar la existencia de un proceso contradicto-

rio y un proceso de colaboración eficaz paralelos (Artículo 4 segundo párrafo del Reglamento).

La ley no contempla que el proceso de colaboración eficaz se lleve de forma paralela al juicio oral del proceso contradictorio por el mismo tribunal, dado el evidente prejuicio que se produciría y la afectación a la garantía de la imparcialidad judicial.



El control probatorio que realiza el juez en el proceso especial de colaboración eficaz, tiene la misma entidad que el que lleva a cabo el Juez en la etapa intermedia del proceso penal regulado por el Código del 2004, al examinar la causa de sobreseimiento por notoria insuficiencia de la prueba de cargo; la contaminación que en este último caso hace que otro juez realice el juicio, es aplicable al juez que aprueba el acuerdo de colaboración eficaz, el prejuicio que le produce impide que juzgue a personas vinculadas al hecho que no se acogieron al derecho penal premial.

La Primera Sala Penal Especial enfrenta este cuestionamiento de forma contradictoria.

Por una parte reconoce que el juez al controlar el acuerdo de colaboración eficaz hace “un análisis razonable acerca de la existencia de base en la realidad para una admisión de cargos, esto es, que existan fundamentos para estimar que el colaborador cometió los delitos que admite o no cuestiona”; que “puede y debe examinar el desarrollo de una mínima actividad probatoria que apunte a la responsabilidad aceptada por el colaborador”; y que “desaprobará el acuerdo tanto por la ausencia de esa mínima actividad probatoria, como por la existencia de elementos positivos que descarten y evidencien la ausencia de responsabilidad del pretendido colaborador”.<sup>78</sup>

Peor fue el tratamiento que da al tema la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, pues luego de referirse en casi todo el argumento a la sentencia anticipada, respecto de la sentencia de aprobación del acuerdo de colaboración eficaz se limita a citar la sentencia del Tribunal Constitucional quien solamente alcanza a decir:

“...la emisión de sentencias anticipadas o de aprobación de convenios de colaboración eficaz a los coprocesados del demandante no implican la certeza ni la inminencia de que la sentencia a dictarse en su contra vaya a ser condenatoria”.<sup>79</sup>

El TC hace de “futurista” cuando debió pronunciarse si el Juez que aprueba una colaboración eficaz por los controles que realiza sobre el acuerdo generan prejuicio respecto del juicio oral contra los acusados que no se acogieron al derecho premial.

### **1.6 El prejuicio o contaminación procesal generado por las 2 sentencia de fondo dictadas por la Primera Sala Penal Especial en el Caso La Cantuta.**

#### *1.6.1. Identidad del objeto de las 2 sentencias de fondo emitidas en el “Caso La Cantuta” y del objeto de la sentencia dictada al final del juicio oral.*

La Primera Sala Penal en la sentencia dictada en el “Caso La Cantuta” el 8 de abril del 2008 estableció que los asesinatos y desapariciones forzadas fueron cometidas por el aparato organizado de poder denominado “Grupo Colina” que fue una expresión de la política antisubversiva del gobierno de turno, que se manejó desde las “esferas superiores del SIN y del Ejército, bajo un comando de facto paralelo al formal”.<sup>80</sup>

En los “Casos Barrios Altos, Desaparecidos del Santa y el Periodista Pedro Yauri” la acusación contra Nicolás Hermoza tuvo la misma base fáctica:

78. Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Página 170 a 172 de la sentencia dictada en el proceso signado como Expediente N° 28—2001.

79. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Página 96 de la sentencia dictada en el proceso signado como Recurso de Nulidad N° 4104—2010 Lima.

80. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Nécco, e Hilda Piedra Rojas, proceso penal N° 03—2003—1° SPE/CSJLI.

OBJETO DE LA SENTENCIA DEL "CASO LA CANTUTA"	OBJETO DE LA SENTENCIA QUE SE EXPIDIÓ A PARTIR DEL JUICIO ORAL POR LOS "CASOS DE BARRIOS ALTOS, DESAPARECIDOS DEL SANTA, Y EL PERIODISTA PEDRO YAURI"
1) Existencia del Grupo Colina.	1) Integrante del Grupo Colina.
2) Realización de operaciones especiales de aniquilamiento de presuntos terroristas.	2) Realización de operaciones especiales de aniquilamiento de presuntos terroristas.
3) El Grupo Colina se manejó desde las altas esferas del SIN y el Ejército como parte de una política anti-subversiva del gobierno.	3) El Grupo Colina se manejó desde las altas esferas del SIN y el Ejército como parte de una política anti-subversiva del gobierno.
4) Los integrantes del Grupo Colina fueron los autores materiales de los asesinatos cometidos en el "Caso la Cantuta"	4) Autor mediato de los asesinatos que cometió el Grupo Colina en Casos "Barrios Altos", "Desaparecidos del Santa" y "Periodista Pedro Yauri".

Igualmente en el mismo "Caso La Cantuta" dictó sentencia condenatoria contra Alberto Segundo Pinto Cárdenas y Wilmer Yarlequé Ordinola, el 3 de julio del 2008, por los asesinatos del "Caso La Cantuta" al considerar que Pinto Cárdenas, como Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), conoció del destacamento de operaciones especiales "Grupo Colina" y de su misión de aniquilamiento de personas, al que apoyó en su funcionamiento manteniendo el destaque de sus miembros y la provisión de fondos más otros bienes; y que Yarlequé Ordinola fue miembro del "Grupo Colina", así como autor de las ejecuciones extrajudiciales cometidas en el "Caso La Cantuta".<sup>81</sup>

OBJETO DE LA SENTENCIA DEL "CASO LA CANTUTA"	OBJETO DE LA SENTENCIA QUE SE EXPIDIÓ A PARTIR DEL JUICIO ORAL POR LOS "CASOS DE BARRIOS ALTOS, DESAPARECIDOS DEL SANTA, Y EL PERIODISTA PEDRO YAURI"
1) Existencia del Grupo Colina	1) Existencia del Grupo Colina
2) Realización de operaciones especiales de aniquilamiento de presuntos terroristas.	2) Realización de operaciones especiales de aniquilamiento de presuntos terroristas.

Se repitió por tanto la identidad de hechos que forman el objeto de los dos procesos.

Ya se hemos señalado, al comentar el "Caso Hauschildt", que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que es legítimo dudar de la imparcialidad del tribunal cuando el juicio de culpabilidad que va a formular en el juicio oral, se basará en argumentos y elementos de convicción ya valorados en otra sentencia, así exista "una pequeña diferencia" entre los objetos del proceso.<sup>82</sup>

La base fáctica del "Caso La Cantuta" es la misma que los "Casos Barrios Altos, Desaparecidos del Santa y del Periodista Pedro Yauri": la existencia de un grupo operaciones especiales de inteligencia, "el Grupo Colina", dedicado a cometer asesinatos, que funcionaba desde las altas esferas del Servicio de Inteligencia Nacional y el Ejército, como una expresión de una política antiterrorista de "guerra sucia".

La Primera Sala Penal Especial negó la contaminación procesal a pesar de reconocer la identidad, o en todo caso conexión, de los objetos de los procesos (recuérdese que estuvieron acumulados y luego sólo se desacumuló "La Cantuta"),

81. Primera Sala Penal Especial, integrada por las Vocales Superiores Inés Villa Bonilla, Inés Tello de Nécco, e Hilda Piedra Rojas, proceso penal N° 09—2003—1ª SPE/CSJL. En la Sesión N° 124 del juicio oral del "Caso La Cantuta", mediante auto del 16 de enero del 2008, se desacumulan las imputaciones contra Pinto Cárdenas.

82. *Ibid.*, pág. 173.

invocando el límite subjetivo de la cosa juzgada, Nicolás Hermosa Ríos no fue procesado en el "Caso La Cantuta"; reiterando la [evasión] de no responder si sentenciar en un caso con objeto idéntico o conexo produce prejuicio, es más el Tribunal cita el [obligatorio cumplimiento] de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>83</sup>, que solamente demuestran la vinculación de los casos y la contaminación procesal invocada.<sup>84</sup>

### 1.6.2. El "salvataje" del juicio y la sentencia por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no se pronunció sobre las sentencias de fondo dadas en el "Caso La Cantuta", y este silencio es un elocuente ejemplo del "salvataje de la sentencia" que sus integrantes comentaron en los medios de comunicación.<sup>85</sup>

Por interposición del recurso de nulidad contra la sentencia condenatoria el proceso es conocido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en cuya composición original se encontraban jueces supremos que revisaron dos sentencias condenatorias por los mismos hechos al participar en el "Caso La Cantuta" (el desacomulado) y en el "Caso del ex Presidente de la República Alberto Fujimori" (que tuvo por objeto "Barrios Altos y La Cantuta").

Se formuló recusación contra los jueces supremos por contaminación del proceso.

El 21 de marzo de 2012 la Sala Penal Permanente, con la ponencia del Juez Supremo Salas Arenas, declaró fundada la recusación contra los jueces supremos Rodríguez Tineo, Neyra Flores y Barrios Alvarado.

En la parte considerativa del auto, Título SEGUNDO: ANALISIS DEL CASO, en el párrafo 2.2 se señala que la imparcialidad o la no contaminación del juez que debe decidir en un proceso penal, constituye una prohibición de un adelantamiento en la valoración y la opinión de fondo sobre los hechos, más allá del proceso concreto o de la calificación jurídica efectuada, dado que éste adelantamiento se materializa en la emisión de un juicio de valor sobre el factum y si éste se encuentra o no probado.<sup>86</sup>

La no contaminación judicial del magistrado, dice la Sala Penal Permanente, es una garantía y a su vez una obligación del órgano jurisdiccional dentro del proceso penal y hacia afuera del mismo, esto es, en su proyección a la colectividad.<sup>87</sup>

La contaminación procesal se explica en el párrafo 2.4 del auto puede producirse con el conocimiento previo de los hechos en un proceso similar en el cual se haya emitido un pronunciamiento que haya significado valoraciones sobre hechos y pruebas con relación a un encausado respecto del cual no se pronuncia decisión, o por no encontrarse presente en el juicio, o por estar involucrado en otro proceso sobre hechos conexos.<sup>88</sup>

83. El proceso internacional que se sigue ante la CIDH es contra Estados por incumplimiento del Pacto de San José de Costa Rica, no tiene por objeto determinar la comisión de delitos y establecer responsabilidades penales a los intervinientes, como si lo debe hacer la Corte Penal Internacional, por ejemplo; las sentencias de la CIDH no producen efectos en los procesos penales que se siguen en el Perú.

84. Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, pp. 172 a 177 de la sentencia dictada en el proceso signado como Expediente N° 28—2001.

85. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Páginas 95 a 97 de la sentencia dictada en el proceso signado como Recurso de Nulidad N° 4104—2010 Lima.

86. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Cuaderno de Recusación N° 2—2012, pág. 8.

87. *Ibid.*, Párrafo 2.4, pp. 8 y 9.

88. *Ibid.*, pág. 9.

Precisa la Sala Penal Permanente en el párrafo 2.5 que la vulneración a la imparcialidad “se concreta entonces con un adelantamiento del parecer judicial sobre un hecho en el que participan diversos autores y algunos de ellos, no forman parte de la imputación efectuada por el Ministerio Público o se encuentran encausados en otros procesos por hechos similares o que guardan conexión, siendo que dicho adelantamiento expresa la convicción personal que los magistrados se han generado sobre ese particular”.<sup>89</sup>

En el párrafo 2.6 la Sala Penal Permanente afirma que es posible entonces “la contaminación del juez debido a los conocimientos previos del proceso o del sustento del mismo, lo cual genera prejuicios, dada su cercanía o conocimiento de imputaciones similares o por haber decidido cuestiones dentro de un proceso emitiendo juicios de valor sobre una responsabilidad de tipo penal”.<sup>90</sup>

En los párrafos 2.10 a 2.14 la Sala Penal Permanente precisa los juicios de valor sobre los hechos y la prueba vinculados a Nicolás Hermosa Ríos:

- “(...) el que a su vez actuó acatando la orden del Comandante General del Ejército (...) Por tanto, se puede concluir que la intervención en la operación que realizaría el Grupo Colina no fue por propia voluntad del citado acusado, sino por órdenes superiores (...)” (Caso La Cantuta seguido contra Julio Salazar Monroe y otros)<sup>91</sup>
- “En el mes de junio de mil novecientos noventiuno se realizó la reunión del alto mando (...) Santiago Martín Rivas (integrantes del grupo de análisis) expuso ante el Jefe del Estado Mayor Nicolás de Bari Hermoza Ríos... que estructuraba la lucha

contrasubversiva en dos fases: la primera referida a la formación de destacamento especiales de inteligencia para la búsqueda de información de carácter secreto o cerrado, de manera que las operaciones a efectuarse tengan un costo social mínimo, y la segunda comprendía la ejecución de operaciones contrasubversivas para el caso concreto de naturaleza clandestina o abierta, las que se desarrollaría en el campo, como en la ciudad (...)” (Caso Barrios Altos y La Cantuta seguido contra el ex Presidente de la República Alberto Fujimori)<sup>92</sup>

- “Es evidente la intervención de estamentos de mayor jerarquía como la DINTE y de la Comandancia General del Ejército, así como del SIN, quien intervino decisivamente en la creación y operatividad del Destacamento Colina (...)”<sup>93</sup>

La Sala Penal Permanente expresa que del análisis de las decisiones y de los juicios de valor emitidos en el desarrollo de las ejecutorias del Caso La Cantuta en la revisión de las sentencias condenatorias dadas en los procesos penales contra el General Julio Salazar Monroe y otros, así como del Presidente Alberto Fujimori, se evidencia “un adelantamiento de opinión sobre la relación que el procesado Hermoza Ríos tenía con el grupo paramilitar denominado “Colina” en su calidad de Comandante General del Ejército Peruano durante la Presidencia del señor Alberto Fujimori Fujimori; que los argumentos contenidos en tales decisiones judiciales “no se limitan a indicar o reseñar cuestiones periféricas sobre la participación del procesado con relación a dicho grupo, sino que las decisiones van más allá y efectúan aseveraciones sobre el conocimiento de su existencia y sobre las órdenes que se gestaban dentro de la estructura

89. *Loc. Cit.*

90. *Loc. Cit.*

91. *Ibid.*, Párrafo 2.10, pp. 10 y 11.

92. *Ibid.*, Párrafos 2.11, pp. 11 y 12.

93. *Ibid.*, Párrafo 2.12, pág. 12.

del Ejército Peruano y específicamente desde su Comandancia General”<sup>94</sup>

La consideración del Tribunal Penal Supremo contenida en el párrafo 2.16 del auto permite establecer un criterio fundamental; si la revisión por recurso de nulidad de dos sentencias de fondo del “Caso La Cantuta”, impide por contaminación procesal que los magistrados recusados cumplan con la garantía del tribunal imparcial; con mucho mayor razón las jueces superiores que emitieron además de dos sentencias de fondo por el “Caso La Cantuta”, 6 sentencias de aprobación de convenios de colaboración eficaz y una sentencia conformada sobre el mismo objeto por un nivel de contaminación procesal más intenso no podían continuar juzgando y menos sentenciar, sin violentar garantía procesal constitucional del tribunal imparcial.

## 2. El rechazo liminar arbitrario de recusación por mayoría emitido por el Tribunal que juzgó y finalmente sentenció.

### 2.1. Enunciado de razones que dieron los Tribunales nacionales a partir del rechazo liminar de la recusación.

El 8 de mayo del 2008 la Primera Sala Penal Especial Superior, en la sesión 154 del juicio oral, por mayoría (Vocales Superiores Inés Felipa Villa Bonilla y Luz Inés Tello Valcárcel de Ñecco) rechazó de forma liminar la recusación formulada, sobre la base de tres argumentos:

- Lo resuelto en anterior oportunidad en similar recusación.
- La interpretación literal del artículo 29 inciso 7.
- No existe identidad de objeto, sino conexión de objetos.

En minoría la Vocal Superior Hilda Cecilia Piedra

Rojas votó porque se admita la recusación a trámite por los siguientes argumentos:

- La recusación es un mecanismo de la garantía procesal constitucional a un tribunal imparcial.
- La interpretación teleológica del artículo 29 inciso 7.
- La recusación cumple con los requisitos de admisión.
- Los argumentos de fondo deben ser examinados por el tribunal llamado por ley porque no se verifica improcedencia manifiesta.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema mediante resolución del 23 de julio del 2008 declaró la no anulación del auto de rechazo liminar de la recusación en mayoría, por los siguientes argumentos:

- No se verifica ninguna de las causas del artículo 29.
- No existen motivos fundados de temor de parcialidad.

Similares argumentos utilizó la Primera Sala Penal Especial Superior al momento de pronunciarse, por todas las razones expuestas de modo arbitrario, sobre el fondo de la controversia a través de la Sentencia de fecha primero de octubre del dos mil diez en la que como era de esperarse condenó a Nicolás Hermoza.

### 2.2. La arbitrariedad cometida por la Sala Penal al rechazar, por mayoría, de forma liminar la recusación.

El Tribunal Constitucional Español, en la SSTC 230/1992, del 14 de diciembre, se refiere al derecho a recusar como parte del contenido a un proceso público con todas las garantías (debido proceso), “de modo que la privación de la posibilidad de ejercer la recusación <implica la restricción de una garantía esencial que

94. *Ibid.*, Párrafos 2.13 y 2.14, pág. 12.

aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente.<sup>95</sup>

Por tal razón el rechazo liminar de la recusación es excepcional; únicamente puede ser no admitida de plano por dos causas: incumplimiento de requisitos formales (admisión) y por ser manifiestamente improcedente; así lo establece el TC Español, por ejemplo, en la SSTC 47/1992 del 12 de julio y en STC 229/2003 del 18 de diciembre.<sup>96</sup>



La Primera Sala Penal Especial Superior, por mayoría, repitiendo el mismo argumento que utilizó para rechazar *in limine* la recusación formulada por la expedición de la sentencia conformada, desestimó la interpretación teleológica del artículo 29 inciso 7 al sostener que sólo es aplicable a la contaminación procesal de los jueces instructores y no de los jueces superiores.<sup>97</sup>

Violenta el derecho fundamental a recusar el basar el rechazo liminar en el examen de la operación de interpretación o de la operación de tipificación que postula el recusante; el Tribunal Constitucional Español en la STC 47/1982 ordenó admitir a trámite una recusación rechazada de plano por este supuesto: "no puede llevarse a

cabo, en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa, respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente."<sup>98</sup>

El problema constitucional se vuelve a presentar cuando en el auto de no admisión se estableció que entre los objetos de los procesos penales hay conexión y no identidad.

En la citada STC 47/1982 se destaca que "el derecho a formular la recusación comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la ley con este fin y que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la ley defiera el examen de la cuestión."<sup>99</sup>

Conforme verificó la Vocal Superior Piedra Rojas en el voto en minoría, se cumplieron todos los requisitos de admisión y correctamente señaló que los temas de fondo debían ser tratados por el tribunal llamado por ley.

La Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema "profundizó" la arbitrariedad porque en una resolución de no anulación del rechazo liminar de la recusación, se permitió señalar que no se había producido ninguna causa de temor de parcialidad, sin motivación alguna, esto es, sin presentar una sola razón por la cual la sentencia conformada, las sentencias de aprobación de convenios de colaboración eficaz y las sentencias de fondo del "Caso Cantuta", no provocaron la contaminación procesal del tribunal.

La Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema ha violado adicionalmente el derecho funda-

95. Manuel ORTELLS RAMOS e Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, Obra colectiva citada, pág. 172.

96. *Loc. Cit.*

97. La recusación fue rechazada de plano en la Sesión N° 9 de fecha 5 de octubre del 2005; el auto fue objeto de resolución no anulatoria de la Corte Suprema del 18 de septiembre del 2006.

98. Manuel ORTELLS RAMOS e Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, Obra colectiva citada, pág. 173.

99. *Loc. Cit.*

mental a la motivación de las resoluciones judiciales, al incurrir en “inexistencia de motivación o motivación aparente”, conforme lo ha definido el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia del 13 de octubre del 2008, emitida en el proceso de habeas corpus N.º 00728—2008—PHC/TC, fundamento 7 párrafo (a).<sup>100</sup>

No se verificó improcedencia manifiesta en los fundamentos de la recusación.

La complejidad de los temas: la existencia y verificación de la causa de recusación, la contaminación procesal del tribunal por prejuicio formado por 1 sentencia conformada, 6 sentencias de aprobación de colaboraciones eficaces y 2 sentencias de fondo en el “Caso Cantuta”; descartan que se verifique una improcedencia manifiesta.

En términos del TC Español, conforme a la STC: “la improcedencia de la recusación... puede apreciarse *prima facie* de modo manifiesto, claro y terminante”.

El rechazo *in limine* en fase de postulación exige que el control de los fundamentos de la recusación, permita apreciar con certeza la falta de contenido constitucional, es decir, la verificación manifiesta, notoria, y diáfana, que el hecho que motiva la recusación no es un acto arbitrario que lesiona la garantía del tribunal imparcial.

Una forma práctica de establecer la manifiesta falta de fundamentación de la recusación, se logra a través de una operación en la que se pueda determinar que así fuese cierto el hecho no habría lesión o puesta en peligro de la garantía del tribunal imparcial.<sup>101</sup>

Los fundamentos de la recusación no permiten establecer de manera liminar y en el grado de certeza la falta de contenido constitucional, por el contrario, es claro que 1 sentencia conforma-

da, 6 sentencias aprobatorias de convenios de colaboración eficaz y 2 de fondo sobre el “Caso La Cantuta”; si producen prejuicio, significan la pérdida de la imparcialidad del tribunal.

### 3. Sentencia del Tribunal Constitucional en proceso de habeas corpus N° 01032—2010—PHC/TC.

Cuando la Sala de Juzgamiento rechazó por mayoría la recusación de plano, siendo de fácil pronóstico la sentencia condenatoria que finalmente se dictó, se interpuso habeas corpus por violación de la garantía del tribunal imparcial.

Haciendo gala de absoluta indiferencia, o aplicación del derecho penal y procesal penal del enemigo, o la tan cuestionada falta de especialistas en tales materias en el TC a pesar del número de habeas corpus que resuelven; en la sentencia del 23 de septiembre del 2010, el tema es tratado en los escuetos párrafos 6 y 7.

El TC no advierte peligro contra derechos fundamentales del acusado, simplemente se limita a afirmar que sentencias anticipadas y sentencias de aprobación de acuerdos de colaboración eficaz, no significan que el procesado será condenado en el juicio oral.

No solamente el TC demostró que sus integrantes no son buenos videntes, porque hubo sentencia condenatoria tan pública actualmente por la decisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; lo grave es que no dedicaron una sola línea a explicar por qué la sentencia conformada, las 9 sentencias aprobatorias de los acuerdos de colaboración eficaz y las 2 sentencias de fondo, no generaron contaminación procesal, para afirmar que no había violación

100. Tribunal Constitucional del Perú, Proceso de habeas corpus seguido por Giuliana Llamuja Linares contra la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

101. Eduardo FERRER MAC GREGOR, *La Acción Constitucional de Amparo en México y España*, 2ª edición, pp. 359 a 362, Editorial Porrúa, México, 2000.



de la garantía del tribunal imparcial, y poder desestimar el habeas corpus.

Gracias a Dios el TC tuvo el pudor de no establecer que la sentencia es "precedente vinculante", porque la razón de no tratar el fondo, es el nombre del beneficiado, Nicolás Hermoza

Ríos, ex Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y Comandante General del Ejército durante el Gobierno del ex Presidente Fujimori; un "enemigo", "demonio" o "monstruo" al que no le alcanza el derecho a un proceso con todas las garantías, así lo señale la ley, porque esa es la lógica del derecho del enemigo.

