



PRIMER CONCURSO DE

INVESTIGACIÓN
JURÍDICA DE LA
JURISPRUDENCIA
NACIONAL

TRABAJOS GANADORES

Marzo 2009



“PRIMER CONCURSO DE INVESTIGACION JURIDICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL” -Trabajos Ganadores-

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA
Jr. Camaná N° 669, Lima 1, Perú
Teléfonos: (51-1) 428-0300 / 428-0265
Fax: (51-1) 428-0219
Página web: <http://www.amag.edu.pe>
E-mail: postmast@amag.edu.pe

ÓRGANO DE GOBIERNO
Dr. Pablo Sánchez Velarde
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Carlos Mansilla Gardella
Vicepresidente del Consejo Directivo

Dr. Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Consejero

Dr. Hugo Sivina Hurtado
Consejero

Dr. Percy Peñaranda Portugal
Consejero

Dr. Pablo Talavera Elguera
Consejero

Dr. José Sausa Cornejo
Consejero

ORGANO EJECUTIVO

Dr. Máximo Ugarte Vega-Centeno
Director General

Dra. Teresa Valverde Navarro
Directora Académica (e)

Sr. Mario Valcárcel Aragón
Secretario Administrativo

Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio, total o parcialmente,
sin la autorización por escrito de la Academia de la Magistratura.
Derechos reservados. D.Leg. N° 822.
Primera edición, Lima-Perú, Marzo de 2009
4500 ejemplares
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-03572

Diseño y diagramación
Segundo Moreno Pacheco

Impresión: MIRZA Editores e Impresores SAC.

Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú - JUSPER
Palacio Nacional de Justicia
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n 4to. piso Of. 449
Cercado de Lima - Perú
Telefax: 719-6301 www.jusper.org.pe

“Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea, a través del Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú - JUSPER. Su contenido es de exclusiva responsabilidad de sus autores y no refleja necesariamente las opiniones del Proyecto ni de la Unión Europea”

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN.....	9
PRIMER PUESTO	
EL <i>IURA NOVIT CURIA</i> EN EL PROCESO PENAL PERUANO	
DR. VÍCTOR PASTOR YAIPÉN ZAPATA.....	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPITULO I	
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	17
1.1. Delimitación del problema de investigación.....	17
1.2. Antecedentes normativos del problema de investigación.....	18
1.3. Antecedentes jurisprudenciales del problema de investigación	19
1.4. Planteamiento del problema de investigación	20
1.5. Tipo de investigación.....	20
CAPITULO II	
EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN	21
2.1. El principio acusatorio: contenido y características.....	21
2.2. El principio de contradicción: contenido y naturaleza.....	24
2.3. El objeto del proceso penal: definición y características	27
2.4. La acusación: definición y momentos procesales	29
CAPITULO III	
EL <i>IURA NOVIT CURIA</i>	33
3.1. El principio <i>iura novit curia</i> : contenido y limitaciones.....	33
3.2. El <i>iura novit curia</i> y la calificación jurídica del hecho en el proceso penal peruano	36
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA	43

Anexo 1: Antecedente jurisprudencial del problema de investigación: Dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema Penal en la consulta N° 84-2005-Lima, de fecha 17 de agosto del 2006	45
Anexo 2: Antecedente jurisprudencial del problema de investigación: Dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema Penal en el recurso de nulidad N° 4170-2005-Madre de Dios, de fecha 25 de septiembre del 2006	47
Anexo 3: Jurisprudencia comparada relacionada al <i>iura novit curia</i> : Sentencia N° 06 de la Corte de Apelaciones del Estado de Portuguesa de Venezuela, del 17 de febrero del 2006	50
Anexo 4: Jurisprudencia comparada relacionada al <i>iura novit curia</i> : Sentencia N° 272-CAS-2005 de la Sala Penal de la Corte Suprema de San Salvador, del 14 de noviembre del 2005	56
Anexo 5: Jurisprudencia comparada relacionada al <i>iura novit curia</i> : Sentencia N° 24 de la Corte Suprema de Managua, Nicaragua, del 30 de junio del 2004	60
Anexo 6: Jurisprudencia comparada relacionada al <i>iura novit curia</i> : Sentencia N° 105/1983 del Tribunal Constitucional Español, del 23 de noviembre de 1983	66

SEGUNDO PUESTO

APLICACIÓN UNITARIA O COMBINADA DE NORMAS PENALES. IMPLICANCIAS DEL ACUERDO PLENARIO N° 2-2006/CJ-116

DR. ALDO MARTIN FIGUEROA NAVARRO	75
INTRODUCCIÓN	79
CAPÍTULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	81
CAPÍTULO II	
IMPLICANCIAS FORMALES DEL ACUERDO PLENARIO	83
2.1. Sentencia plenaria o precedente vinculante	83
2.2. Determinación de la naturaleza jurídica del Acuerdo	84
2.3. Fuerza vinculante del Acuerdo	84
2.4. Problemas aplicativos de la decisión	85
2.5. Impacto de la decisión	87
2.6. ¿Efecto retroactivo del Acuerdo Plenario?	87
CAPÍTULO III	
INTERPRETACIÓN Y DESVINCULACIÓN DEL PRECEDENTE	91
3.1. Antecedentes históricos	91
3.2. Diferencias gramaticales	92
3.3. Legislación comparada	93

3.4. Jurisprudencia comparada.....	94
3.5. Implicancias sistemáticas.....	97
3.6. Interpretación (des)integradora: <i>lex tertia</i>	98
3.7. Finalidad de la aplicación total de la norma	100
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105

TERCER PUESTO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL PERÚ.

DE CÓMO UN CONJUNTO DE SENTENCIAS NO HACEN JURISPRUDENCIA Dr. LUIS GENARO ALFARO VALVERDE.....	107
---	-----

INTRODUCCIÓN.....

¡MUCHA PRUDENCIA CON LA JURISPRUDENCIA!.....	111
--	-----

CAPÍTULO I

UN PROBLEMA MÁS EN LA JURISPRUDENCIA	115
--	-----

CAPÍTULO II

LEY VS. JURISPRUDENCIA ¿QUIÉN GANARÁ?	119
---	-----

2.1. Un poco de comparación jurídica	119
--	-----

2.2. Y en el Perú ¿cómo funciona?	122
---	-----

CAPÍTULO III

EN SERIO ¿CUÁL ES SU AUTÉNTICA NATURALEZA JURÍDICA?	125
---	-----

CAPÍTULO IV

¿ES NECESARIO UN CONCEPTO DOCTRINAL?	129
--	-----

4.1. Nociones desde la doctrina comparada	129
---	-----

4.2. Un nuevo concepto para considerar	130
--	-----

CAPÍTULO V

IDENTIFIQUEMOS SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS	133
--	-----

5.1. Es una obligación legal generada por el ocaso del matrimonio.....	133
--	-----

5.2. Es personalísimo	135
-----------------------------	-----

5.3. Con carácter circunstancial y relativo	135
---	-----

5.4. Declarado judicialmente (separación de cuerpos o divorcio)	135
---	-----

5.5. Procede a pedido de parte y no de oficio	136
---	-----

REFLEXIONES FINALES (A MODO DE CONCLUSIÓN)	141
--	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	143
-------------------	-----

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura (AMAG) fue creada en el año 1993, mediante el artículo 151 de la Constitución Política de ese año y tiene como misión “ser la única institución académica autónoma de postgrado creada constitucionalmente dedicada a la formación de magistrados y aspirantes a la magistratura, y a la capacitación, especialización y actualización de magistrados y auxiliares de justicia con honestidad, excelencia, responsabilidad, compromiso y calidad”.

Precisamente, la especialización y actualización de los jueces y fiscales pasa –necesariamente– por la investigación del Derecho, el cual se enriquece gracias a la Jurisprudencia, del latín *iuris prudentia*, que viene a ser el conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen. ¿Por qué investigar la jurisprudencia? podemos decir que el Derecho es una ciencia social que se vive en el día a día, ya que la aplicación de las leyes, normas y convenciones emitidas por una sociedad responden a las necesidades y forma de ver la vida de su población, por lo que no es “letra muerta” sino “letra viva”, que tiene que actualizarse permanentemente para aplicar la justicia verdadera, tal y como nos manda el Derecho. La Jurisprudencia rescata lo actuado por cada magistrado en su quehacer de unir la letra escrita con la realidad, aplicando además su criterio, ciencia y conocimiento; material valioso que enriquecerá a otros magistrados y a las futuras generaciones de jurisconsultos.

Fiel a su misión, en el marco de las actividades del “Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú- JUSPER”, la AMAG convocó el pasado 20 de enero de 2009 a todos los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, a nivel nacional, para que participen en el **PRIMER CONCURSO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**.

Este concurso se instituye como un estímulo y reconocimiento a la investigación y generación de aportes científicos jurídicos a partir del estudio de la Jurisprudencia nacional, destinados a mostrar los fundamentos dogmáticos y doctrinarios sobre los contenidos de relevancia judicial o fiscal que resulten de interés.

Es así que un número importante de jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público presentaron sendos trabajos de investigación bajo la forma de monografías, tesis o tesis, que se caracterizaron por ser originales y de relevancia actual, desarrollando temas diversos, que fueron estudiados y calificados por el Comité Evaluador designado por la AMAG, integrado por juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho; como son el Dr. Samuel Abad Yupanqui, Dr. Javier de Belaúnde López de Romaña, Dr. Fernando Vidal Ramírez, Dr. Fidel Rojas Vargas y Dr. Máximo Ugarte Vega-Centeno, a quienes agradecemos por su dedicación e invalorable apoyo para realizar esta noble tarea.

Muchas horas dedicadas a la lectura de las investigaciones, además de diferentes reuniones, fueron necesarias para que el Comité Evaluador calificara los documentos

presentados, tomando en cuenta cuatro criterios: aporte intelectual, base dogmática doctrinaria, Jurisprudencia comparada (internacional), y claridad y precisión de conclusiones, cada uno de los cuales fue calificado con un máximo de 100 puntos.

Los ganadores fueron: Dr. Víctor Pastor Yaipén Zapata, quien ocupó el primer puesto con su trabajo “*El iura novit curia* en el proceso penal peruano”; Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro, cuyo trabajo “Aplicación unitaria o combinada de normas penales. Implicancias del Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116” fue merecedor del segundo lugar, y Dr. Luis Genaro Alfaro Valverde quien ocupó el tercer puesto con su investigación “Análisis jurisprudencial en torno a la indemnización derivada de la separación de hecho en el Perú. De cómo un conjunto de sentencias no hacen jurisprudencia”.

Precisamente, la publicación de este libro titulado: **PRIMER CONCURSO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL - Trabajos Ganadores** – que tiene en sus manos estimado lector es el premio otorgado a los ganadores por la AMAG con el auspicio del Proyecto JUSPER, documento que contiene las investigaciones de los mencionados magistrados y que será difundido entre la comunidad jurídica nacional e internacional, como digno reconocimiento a la capacidad de análisis, estudio de la doctrina y de su aplicación realizado por los doctores Yaipen Zapata, Figueroa Navarro y Alfaro Valverde.

Finalmente, la Academia de la Magistratura agradece y reconoce a la Comisión Europea, mediante el Proyecto JUSPER, al Poder Judicial y al Ministerio Público, a los integrantes del Comité Evaluador así como a todos los participantes en este Concurso, por su aporte y colaboración para la correcta y feliz realización de una actividad de esta envergadura. Especialmente queremos agradecer a todos los participantes, invitándolos a continuar perseverando en la investigación jurídica, toda vez que sus aportes enriquecerán nuestro acervo judicial, beneficiando a Magistrados y estudiantes de Derecho y sobre todo a la población en general que es la razón de ser de la justicia.

Dr. Pablo Sánchez Velarde

Fiscal Supremo

Presidente del Concejo Directivo de la Academia de la Magistratura

INTRODUCCIÓN

En enero del 2009 la Academia de la Magistratura (AMAG), en el marco de las actividades del “Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú - JUSPER”, convocó al **PRIMER CONCURSO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**.

Este concurso está dirigido especialmente a los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público a nivel nacional, como un estímulo y reconocimiento a la investigación y generación de aportes científicos jurídicos a partir del estudio de la jurisprudencia nacional, destinados a mostrar los fundamentos dogmáticos y doctrinarios sobre los contenidos de relevancia judicial o fiscal que resulten de interés.

Un Comité Evaluador designado por la AMAG tuvo a su cargo la intensa tarea de revisar los trabajos de investigación, resultando ganadores el Dr. Víctor Pastor Yaipén Zapata; Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro y Dr. Luis Genaro Alfaro Valverde, ocupando el primer, segundo y tercer lugar respectivamente, trabajos de investigación que se presentan en esta publicación que hoy tiene en sus manos.

El documento “El *iura novit curia* en el proceso penal peruano” desarrollado por el Dr. Víctor Pastor Yaipén Zapata y que ocupó el primer lugar, presenta un estudio concienzudo y detallado del *iura novit curia*, toda vez que dicho principio no está desarrollado en el derecho penal ni en el derecho procesal penal peruano, encontrándose algunas referencias en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 adoptado por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema, aunque está pendiente delimitar su contenido y fundamentos dogmáticos. El autor especifica que el *iura novit curia* está vigente y se aplica actualmente en nuestro país, pero es en el derecho comparado donde encontramos un mayor desarrollo, por lo que presenta casos de países como España, Argentina, Venezuela, entre otros, donde esta institución es aplicada. La investigación ganadora trata sobre el estudio sistemático del principio *iura novit curia* en sus múltiples interrelaciones, influencias y/o condicionamientos con las demás instituciones jurídico-procesales y sustantivas, teniendo siempre como referencia su dinámica dentro del proceso penal, por lo que se plantea el siguiente problema: ¿cuál es el fundamento dogmático-jurídico de la norma contenida en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales? El estudio concluye con interesantes enunciados como las limitaciones que impone el principio acusatorio y el de contradicción, así como las restricciones de este principio *iura novit curia* dentro del proceso penal, que se manifiesta en la nueva calificación jurídica propuesta por el juzgador como una tercera opinión con la que éste puede calificar el hecho objeto del proceso.

El segundo lugar fue ocupado por el Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro quien presentó el texto titulado “Aplicación unitaria o combinada de normas penales. Implicancias del Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116”, donde analiza el citado Acuerdo Plenario del 13 de

octubre del 2006 el cual, entre otras decisiones, propone “Establecer como doctrina legal, respecto al principio de combinación de leyes, que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una u otra ley, siempre que sea más favorable al reo”. El Dr. Figueroa Navarro analiza las consecuencias de esta decisión toda vez que se genera el debate de si la norma penal debe ser interpretada como una unidad indisoluble o puede ser (re)conformada tomando los aspectos más favorables de una y otra norma, o si es posible aplicar una ley combinada y lograr que ésta sea compatible con los principios de integridad, separación de poderes o seguridad jurídica. Asimismo este estudio hace una evaluación de la temática desde perspectivas diversas como la histórica, semántica y la comparada. Una de las conclusiones a las que arriba el Dr. Figueroa Navarro establece que la finalidad perseguida por el Acuerdo Plenario, al consagrar el principio de combinación de leyes, es positiva, pues contribuye a posicionar la jurisprudencia como fuente de interpelación concreta de la ley, generando con ello la predictibilidad y certeza en los fallos jurisdiccionales.

Finalmente el Dr. Luis Genaro Alfaro Valverde, quien se hiciera merecedor al tercer puesto del concurso, presentó la investigación titulada “Análisis jurisprudencial en torno a la indemnización derivada de la separación de hecho en el Perú. De cómo un conjunto de sentencias no hacen jurisprudencia”, tema realmente controversial vinculado con el Derecho de Familia. El Dr. Alfaro Valverde analiza la indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de la separación de hecho, uno de los efectos patrimoniales del divorcio y/o separación de cuerpos que -debido a su limitado desarrollo legislativo y al casi inexistente análisis a nivel doctrinal-, ha generado una jurisprudencia confusa, compleja e incluso contradictoria, que incluso ha hecho que se le asocie con la institución de la responsabilidad civil. En la parte final del trabajo el autor hace algunas reflexiones interesantes como, por ejemplo, que en nuestro país los juzgadores todavía mantienen cierta duda sobre el fundamento ideológico del divorcio, pues existirían sentencias de la Corte Suprema donde se considera que la indemnización derivada de la separación de hecho se sustenta en la concepción divorcio-sanción; no obstante, conforme a la doctrina nacional y comparada (especialmente la española, francesa e italiana), su fundamento se encuentra sobre la base de la teoría del divorcio-remedio, tal como está la causal en donde se encuentra alojada la separación de hecho; en tal sentido invoca a los tribunales para que uniformicen sus criterios básicos sobre el tema y así dejen de identificar al cónyuge culpable o inocente cuando se determine la referida indemnización, y que más bien se identifique al cónyuge más perjudicado con la inestabilidad económica que ocasiona la separación factual.

Como podemos apreciar, los tres documentos ganadores incluidos en la presente publicación, investigan y analizan problemáticas actuales de nuestro sistema legal; de esta manera la Academia de la Magistratura contribuye al debate y análisis de estos temas y espera que motiven a los demás Magistrados a seguir investigando, además de apoyar a los legisladores para que generen normativas adecuadas y acordes con nuestro sistema de justicia y con el ciudadano de a pie.

Dr. Máximo Ugarte Vega-Centeno
Director General de la Academia de la Magistratura

PRIMER PUESTO

□ “EL *IURA NOVIT CURIA*
EN EL PROCESO PENAL
PERUANO”

Dr. Víctor Pastor Yaipén Zapata



Sumilla de la Hoja de Vida del Dr.

VÍCTOR PASTOR YAIPÉN ZAPATA

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, con una Maestría en Ciencias Penales y un Doctorado en Derecho; ambos estudios de postgrado realizados en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En 1997 el Dr. Yaipén Zapata ingresó a laborar como Asistente Fiscal en el Ministerio Público; en el año 2002 fue nombrado Fiscal Adjunto Provincial Provisional y luego formó parte de la Fiscalía Superior Coordinadora Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. En el 2003 fue nombrado Fiscal Titular de Lima y desde diciembre del 2005 hasta la actualidad está destacado en la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal.

INTRODUCCIÓN

El principio *iura novit curia*, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial peruano, ha sido abordado ampliamente en su aplicación dentro del proceso civil, del proceso laboral y del proceso constitucional. Empero, después de confrontar los antecedentes, las investigaciones y los diferentes textos jurídicos, dicho principio no encuentra reseña alguna en el proceso penal peruano; similar situación se presenta en el campo judicial de la respectiva especialidad, donde únicamente existe alguna parca referencia en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007, adoptado por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de nuestro país.

La situación descrita no significa que el *iura novit curia* sea ajeno al derecho adjetivo penal o que su aplicación no se verifique en el proceso de esta naturaleza; por el contrario, es un principio estructural o institucional del sistema jurídico, aplicable a todo proceso y, por ende, tiene plena operatividad en la jurisdicción penal. Actualmente, su contenido y aplicación, incluso, encuentra sustento en el derecho positivo peruano, específicamente con las normas recogidas en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales de 1940 y en el inciso 1 del artículo 374 y el artículo 397 del nuevo Código Procesal del 2004, que regulan la modificación de la calificación jurídica del hecho delictivo.

En el derecho comparado el principio *iura novit curia* ha alcanzado un vasto desarrollo doctrinario y jurisprudencial; así se verifica en países como España, Argentina, Venezuela, Nicaragua, El Salvador. En el Perú, sin embargo, existe orfandad sobre el tema: no se ha delimitado el contenido ni se han definido los fundamentos dogmáticos de esta institución, que hubiera contribuido a solucionar los muchos problemas que vienen enfrentando los operadores del derecho, especialmente jueces y fiscales, cuando aplican las citadas normas procesales. Estos problemas verificados a nivel de las Salas Penales y Mixtas de las Cortes Superiores de Justicia del país han motivado, inclusive, la realización de plenos jurisdiccionales regionales y nacionales, cuyas conclusiones no han agotado toda la temática y, por consiguiente, tampoco han satisfecho a plenitud los problemas encontrados por la judicatura nacional.

El silencio sobre esta institución jurídica, la problemática jurisprudencial descrita y el contenido del referido Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 –que precisa los alcances de la llamada “desvinculación procesal” que regula el citado artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales– nos ha motivado a efectuar un estudio detallado y concienzudo sobre el *iura novit curia* y su calificación jurídica en el proceso penal lo que ha exigido, además, desarrollar otras instituciones como el principio acusatorio, el principio de contradicción, la acusación y el objeto del proceso, pues el enfoque de todas ellas permite conocer el alcance y el contenido de aquella y sobretodo –considerando que las instituciones jurídicas han sido creadas para aplicarlas y no para adorarlas–, ayudará a su eficaz operatividad en el terreno judicial.

El presente estudio no contiene tópicos aislados ni generalizados; antes bien, fuera de enfoques atomistas u holistas, se trata de un estudio sistémico toda vez que se estudia

al *iura novit curia* en su múltiples interrelaciones, influencias y condicionamientos con las demás instituciones, teniendo siempre, como referencia, su dinámica dentro del proceso penal y, como punto de partida, el señalado Acuerdo Plenario que, si bien ha sintetizado la problemática jurisprudencial sobre la calificación jurídica del hecho, no ha vislumbrado una sólida y completa solución dogmática al mismo.

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El Decreto Legislativo N° 959 del 17 de agosto del 2004, introdujo el artículo 285-A en el Código de Procedimientos Penales (en adelante C. de P.P.), regulando así dos instituciones estrechamente vinculadas, primero: el principio de congruencia o la correlación de la sentencia con la acusación y, segundo: la modificación de la calificación penal del hecho objeto de la acusación por parte del órgano jurisdiccional. Éstas también se encuentran previstas en el nuevo Código Procesal Penal del 2004, en el inciso 1 del artículo 374 y en su artículo 397.

La regulación relacionada a la modificación de la calificación jurídica propuesta en la acusación fiscal por parte del juzgador –mal llamada en la doctrina, Tesis de desvinculación del órgano jurisdiccional o simplemente, Desvinculación de la tesis–, ha generado, para los operadores del derecho, muchas dificultades en su aplicación dentro del vigente procedimiento penal lo que, incluso, ha sido materia de discusión del tema: “Desvinculación de la acusación fiscal y el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional”, segunda ponencia desarrollada en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado el 11 de diciembre del 2004, en la ciudad de Trujillo¹; en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de septiembre del 2005², y en el Pleno Jurisdiccional Regional realizado en Moquegua, el 15 de octubre del 2006, donde se presentó la ponencia: “Oportunidad de la desvinculación de la acusación fiscal y denuncia fiscal suficiente”³. Todo ello motivó su posterior discusión en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema realizado en Lima el 16 de noviembre del 2007 donde, entre otros, se adoptó el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 (en adelante Acuerdo Plenario).

En el derecho comparado, la modificación de la calificación jurídica del hecho punible por el órgano jurisdiccional ha generado ciertas posiciones sobre su fundamento dogmático, que giran en torno al principio acusatorio, al principio de contradicción y al llamado principio *iura novit curia*.

1 Puede accederse al acta de este pleno jurisdiccional ingresando a la siguiente dirección electrónica: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf

2 Los acuerdos de este pleno fueron publicados en la separata de Jurisprudencia del Diario Oficial “El Peruano” del 26 de noviembre del 2005. Véase al respecto, el Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22.

3 En este pleno participaron magistrados de las Cortes Superiores de Justicia de Arequipa, Cusco, Moquegua, Puno y Tacna. Puede visualizarse el acta ingresando a la siguiente dirección electrónica: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C.%5CCorteSuprema%5Ccij%5Cdocumentos%5CPLENO_SUPREGPENAL_2006_260208.pdf

Por un lado, están las posiciones que la justifican señalando que la denominada Desvinculación de la tesis constituye una alteración o excepción al principio acusatorio; otras, la explican como una concreción del principio de contradicción y, en esta misma línea, otra posición afirma que constituye una manifestación del principio *iura novit curia*.

Pero en lado opuesto, se sostiene una postura que documenta que el órgano jurisdiccional no se puede desvincular de la calificación jurídica del hecho propuesta por el fiscal, pues ello es incompatible con el modelo acusatorio del proceso penal y, por consiguiente, resulta siendo inconstitucional una regulación en este sentido.

El adoptar una de las posturas mencionadas -que a su vez permita una correcta aplicación o en todo caso la inaplicabilidad de la citada norma procesal, con las consecuencias que, además, conlleva en la aplicación de otras regulaciones normativas y en el funcionamiento del proceso penal mismo-, obliga, necesariamente, a conocer otros conceptos jurídicos, los mismos que por su comprensión y extensión se deben enfocar en sus caracteres esenciales y en relación con el *iura novit curia*; todo ello permitirá cumplir el objetivo de proporcionar las bases teóricas y el contenido dogmático para una aplicación lógica de la citada norma procesal penal -siguiendo el contenido del Acuerdo Plenario- y, a su vez, una adecuada justificación de las resoluciones judiciales y una aproximación a un debido proceso penal que cumpla eficazmente con sus fines.

1.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Como se ha señalado, la presente investigación busca determinar el fundamento dogmático-jurídico del artículo 285-A del C. de P.P. Para cumplir con este objetivo resulta necesario interpretar y analizar, además, el contenido de las siguientes normas procesales⁴:

- Artículo 72 del C. de P.P. La delimitación progresiva del objeto del proceso penal.
- Artículo 77 del C. de P.P. La calificación jurídica inicial del hecho, objeto del proceso, propuesto en la denuncia fiscal.
- Artículo 225 del C. de P.P. El primer momento de la acusación: la acusación escrita como acto de postulación de la pretensión penal.
- Artículo 229 del C. de P.P. El auto de enjuiciamiento y su carácter no vinculante a la sentencia.
- Artículo 263 del C. de P.P. La variación sustancial del objeto del proceso: alteración del elemento objetivo.
- Artículo 265 del C. de P.P. La variación sustancial del objeto del proceso: alteración del elemento subjetivo
- Artículo 273 del C. de P.P. El segundo momento de la acusación: la exposición oral como delimitación del principio de congruencia de la acusación con la sentencia.

4 Las siguientes normas siguen el orden numérico del cuerpo legislativo que las contiene, orden que no necesariamente concuerda con el desarrollo temático de la presente investigación. Asimismo, se ha procedido a sumillarlas conforme a la temática que se desarrolla en el presente trabajo.

- Artículo 275 del C. de P.P. Retiro de la acusación: desestimiento del poder-deber de acusar.

1.3. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La falta de definición del contenido y del fundamento dogmático del artículo 285-A del C. de P.P. ha generado muchos problemas para su aplicación por parte de la judicatura peruana, especialmente a nivel de las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia del país, e incluso, aunque en menor magnitud, en el ámbito de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República y de las Fiscalías Suprema Penales. Solo a manera de ilustración se citan las siguientes decisiones jurisdiccionales:

- i.- La sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 25 de julio del 2005, que absolvió a Miguel Ángel Chuco Conco del delito de terrorismo. En el procedimiento se advirtieron problemas en cuanto a la modificación de la calificación jurídica del hecho por parte del juzgador colegiado, al haber fallado tanto por la calificación inicial propuesta por la Fiscalía Superior como por la posterior calificación propuesta por él mismo, lo que vulneró la autoridad de la cosa juzgada⁵.
- ii.- El auto emitido por la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios el 02 de octubre del 2005, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción seguida contra Pedro Poma Peralta por el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad. En este caso, el órgano jurisdiccional colegiado, violentando el derecho de contradicción y el principio acusatorio, y sin juicio oral previo, modificó la calificación jurídica del hecho delictivo⁶.
- iii.- A nivel de la Corte Suprema de la República debe citarse la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente, en el recurso de nulidad N° 682-2003-LIMA del 06 de mayo de 2004, que declaró nula la sentencia que absolvió a Víctor Raúl Huamán Montenegro del delito de Violación sexual en grado de tentativa. En esta ejecutoria, luego de advertir la omisión irregular por parte de juzgador colegiado al no haber propuesto una nueva calificación jurídica al hecho objeto del proceso, le ordena –al inferior jerárquico– proceder conforme al artículo 285-A del C. de P.P., siempre que no vulnere el derecho de contradicción y el principio acusatorio; empero, erróneamente –conforme a nuestra modesta postura⁷– también le exige que la nueva calificación mantenga la homogeneidad con la calificación jurídica inicial.

Toda esta problemática que se presenta en la práctica judicial ha sido objeto de diferentes plenos jurisdiccionales, cuyas conclusiones no han fijado el contenido de las

5 Véase al respecto el dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema Penal en la consulta N° 84-2005-LIMA, de fecha 17 de agosto del 2006. Se adjunta como anexo 1.

6 Véase el dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema Penal en el recurso de nulidad N° 4170-2005-MADRE DE DIOS, de fecha 25 de septiembre del 2006. Se adjunta como anexo 2.

7 Vid infra 3.2

instituciones jurídicas comprendidas en la mencionada normativa procesal. Los referidos congresos son los siguientes:

- Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado el 11 de diciembre del 2004, en la ciudad de Trujillo, denominado: "Problemática en la Aplicación de la Norma Penal, Procesal y Penitenciaria". Tema 2: "Desvinculación de la acusación fiscal y el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional".
- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 30 de septiembre del 2005. Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22, que fija como precedente vinculante el tercer fundamento jurídico del recurso de nulidad N° 224-2005-Sullana, de fecha 21 de abril del 2005.
- Pleno Jurisdiccional Regional realizado en Moquegua el 15 de octubre del 2006. Tema 2: "Oportunidad de la desvinculación de la acusación fiscal y denuncia fiscal suficiente".
- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema, realizado en Lima el 16 de noviembre del 2007. Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116.

1.4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema a resolver en la presente investigación se formula con la siguiente pregunta: ¿Cuál es el fundamento dogmático-jurídico de la norma contenida en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales?

Para mejor entendimiento, análisis y desarrollo del problema descrito anteriormente, se diseñó el siguiente sub-problema: ¿De qué forma se manifiesta el *iura novit curia* en el proceso penal?

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo es una investigación, por un lado, de tipo aplicativo, pues se ha desarrollado una descripción de las características más significativas del principio *iura novit curia*, que permitirá solucionar muchos de los problemas que se presentan en la aplicación de la norma del artículo 285-A del C. de P.P., relacionado a la modificación de la calificación jurídica del hecho delictivo propuesto por el órgano acusador; y por otro, de tipo documental toda vez que se apoya en fuentes de naturaleza bibliográfica y hemerográfica; esto es, en libros, artículos y ensayos jurídicos.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

2.1. EL PRINCIPIO ACUSATORIO: CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS

La Constitución Política del Estado estipula en el inciso 5 del artículo 139 que le corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal, de oficio o a petición de parte; esta norma que también se encontraba en la Constitución de 1979 ubica a nuestro proceso penal dentro del sistema acusatorio, o al menos le impregna de las garantías necesarias para que se configure dentro de este modelo procesal; así lo ha expresado también, en numerosas sentencias, el Tribunal Constitucional⁸ y la Corte Suprema de Justicia⁹.

La historia de la evolución de los sistemas procesales penales nos muestra un proceso penal donde la actuación de las partes era imprescindible, lo que le daba un carácter eminentemente privado; es el proceso de la Grecia del siglo IV A.C. y de la Roma clásica el que fue considerado como un proceso acusatorio puro, en el que el juzgador no tenía facultades instructoras. Luego, se llega a un sistema del juez investigador, acusador y sentenciador, llamado sistema inquisitivo, que predominó en la Edad Media, sobretudo por la influencia de la iglesia y que sobrevive durante la Edad Moderna. Por último, se sistematiza un modelo acusatorio donde se separa al órgano investigador y acusador del órgano juzgador, recogiendo los principios consagrados en la Revolución Francesa, aunque en algunas regulaciones perdura con algunos resabios del proceso inquisitivo¹⁰.

Es en este modelo acusatorio donde aparece el protagonismo del Ministerio Público, a quien se le da el rol acusador, y por ende, la titularidad de la acción penal en casi la totalidad de los delitos, pero esa acción penal no debe asimilarse a la acción civil, en la que existe un derecho subjetivo público a obtener una tutela jurisdiccional¹¹. A este órgano constitucional

8 Por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente N° 1939-2004-HC/TC del 21 de julio del 2005; la expedida en el expediente N° 3390-2005-PHC/TC de agosto del 2005; y la recaída en el expediente N° 2005-2006-PHC/TC del 13 de marzo del 2006.

9 Así pueden revisarse las sentencias emitidas en el RN N° 1874-2006-CALLAO del 07 de noviembre del 2006; en el RN N° 278-2006-CUSCO del 04 de diciembre del 2006 y en el RN N° 644-2006-PUNO, también del 04 de diciembre del 2006.

10 MONTERO AROCA, JUAN señala que el "proceso inquisitivo" es una *contradictio in terminis* ya que nunca fue y no es un verdadero proceso, sino solamente es un sistema de aplicación del derecho penal típicamente administrativo; mientras que hablar de "proceso acusatorio" es un pleonismo, esto es, una redundancia viciosa de palabras, dejando notar que el calificativo "acusatorio" implica ya hablar de un verdadero proceso que se sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad. Véase su artículo "El principio acusatorio entendido como eslogan político", publicado en la revista *Ius et Veritas*, N° 33, Lima, diciembre del 2006, p. 210; asimismo, su obra conjunta con GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MONTÓN REDONDO, ALBERTO y BARONA VILAR, SILVIA. (2004). *Derecho jurisdiccional*. Tomo III. Valencia, Editorial Tirant lo blanch, p. 15-16.

11 CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN afirma que la acción penal no es asimilable a la acción civil, en la que efectivamente existe un pretendido derecho material del que el actor civil afirma ser titular; en el caso de la acción penal, el accionante no tiene un derecho a la pena. Revítese su obra conjunta con MORENO CATENA, VÍCTOR. (2005). *Derecho procesal penal*. Valencia, Editorial

se le impone el deber de ejercitar la acción penal y, simultáneamente, se le otorga el poder de acusar cuando existan hechos de apariencia delictiva. De esta manera la acción penal resulta siendo un puro concepto formal, cuyo objeto y finalidad se reduce solo y exclusivamente a acusar a alguien y así poner en marcha el proceso¹².

Este poder-deber de acusar que tiene el Ministerio Público puede traducirse en un poder de pedir proceso, es decir, *un ius persequendi*, un derecho de naturaleza procesal que busca perseguir el delito y procurar la aplicación del derecho penal. A juicio de los magistrados españoles Calderón Cerezo y Choclán Montalvo,

"...la acción penal es de carácter abstracto, por la doble razón de que ni quien la ejerce puede invocar ningún subjetivo, por cuanto que el *ius puniendi* que se actúa es titularidad del Estado, ni es posible solicitar al órgano judicial que resuelva en determinada manera, sino que verifique y compruebe la comisión del hecho punible en cuanto objeto del proceso penal, y en su momento decidir lo que proceda en Derecho. Se configura así la acción de que se trata como un '*ius ut procedatur*'; o derecho a provocar la iniciación de un proceso"¹³.

El poder-deber de acusar que trasluce la acción penal, procurando la aplicación del *ius puniendi* del Estado, pone de manifiesto el llamado principio acusatorio, cuyo contenido define el proceso penal, sus elementos y características esenciales, y puede resumirse en lo siguiente: para perseguir penalmente a una persona y penarla, necesariamente, debe existir una acusación, esto es, el juez no puede proceder sino a consecuencia de una acusación presentada por otro órgano que cumpla esta función de acusador.

Precisa el jurista italiano Eugene Florián que el principio acusatorio se sintetizaba en una máxima conocida: *judex ne procedat ex officio* (el juez no puede proceder más que a instancia de parte); *nemo judex sine actore* (no hay juez sin actor), *judex ne eat ultra petita partium* (el juez no puede conocer más de lo que pidan las partes); *judex secundum allegata et probata a partibus indicare debet* (el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes)¹⁴.

Esta máxima expresa las características esenciales que configuran el principio acusatorio, las que pueden sintetizarse en las siguientes:

- El que juzga no puede acusar. Existe una separación entre el órgano juzgador y el órgano investigador y acusador. En el proceso penal el Estado se desdobra en dos: por un lado, actúa como juzgador y por otro, actúa como acusador; así pues el principio acusatorio exige que el proceso sea iniciado por otro órgano ajeno al judicial; es decir, alguien distinto al titular del derecho a penar. Sin embargo, debe señalarse que la distinción entre acusador y juzgador no es propia del proceso penal sino que constituye la esencia de todo proceso, esto es, para que exista un

Tirant lo blanch, p. 138. En este mismo sentido se pronuncia DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS (2002), en su *Tratado de derecho procesal penal*, obra conjunta con ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA; HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL; MUERZA ESPARZA, JULIO y TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., p. 31; en ésta afirma que la acción penal no tiene el mismo contenido que la acción civil, pues no existen concretos sujetos jurídicos titulares de concretos derechos subjetivos.

12 CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN; op. cit., p. 138.

13 Vid CALDERÓN CERESO, A y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2002). *Derecho procesal penal*. Madrid, Editorial Dykinson, p.117. Asimismo, MONTERO AROCA, JUAN; quien es de la misma opinión de sus colegas magistrados, al señalar que "la acción penal no puede ser mas que un simple *ius ut procedatur*, esto es, un derecho al proceso y a la sentencia, en que se declare la existencia o inexistencia del derecho a penar del tribunal"; en *Derecho jurisdiccional*, cit., Tomo III, p. 25.

14 FLORIAN, EUGENE. (2001). *Elementos del derecho procesal penal*. México, Editorial Jurídica Universitaria, p. 50

verdadero proceso necesariamente deben existir dos partes parciales y un tercero imparcial. Esta diferencia entre la persona que juzga y la persona que acusa es, además, una garantía de la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

- Sin acusación no hay juicio. Esto resulta siendo una consecuencia de la anterior característica, así pues, si nadie sustenta una acusación no puede abrirse un juicio contra alguna persona; igualmente si no existe acusación no se podrá condenar a nadie. Al respecto, el tratadista italiano Carnelutti, analizando el principio acusatorio –al que prefiere llamar principio de imputación–, señala que con este principio, la razón y la ley resuelven el paso del procedimiento preliminar al procedimiento definitivo cuando se haya confirmado la sospecha inicial surgida contra una persona¹⁵. Siguiendo los planteamientos del mismo Carnelutti, la imputación es, por un lado, un juicio de posibilidad necesaria para proseguir a la fase del debate del proceso y, por tanto, el primer peldaño de la escalera para llegar a un juicio de certeza; por otro, es un acto de parte, en este último caso de una parte instrumental como es el Ministerio Público, por la cual se formula la pretensión penal¹⁶.
- El órgano acusador fija el objeto del proceso¹⁷. Este objeto está constituido por los hechos que se le imputan a una persona determinada y suele delimitarse o perfilarse progresivamente conforme avanza el proceso pero sin perder su esencialidad; del mismo modo, estos hechos delimitan la congruencia entre la acusación y la sentencia, es decir los hechos propuestos por el acusador vinculan al juzgador¹⁸. Empero esta vinculación no comprende la calificación jurídica, pues ésta se rige por el principio del *iura novit curia*; por lo que, en el caso de la modificación de la calificación jurídica por el juzgador, no existe una alteración a este principio acusatorio desde que dicho aspecto no se encuentra dentro de su contenido¹⁹.
- La producción de la prueba recae en las partes. Esta afirmación, sin embargo, es relativa, pues al combinarse con el *in dubio pro reo* es posible concluir que en el proceso penal la prueba de cargo sobre los hechos, objeto del proceso, le corresponde al acusador y su omisión o insuficiencia de prueba no obliga a la parte acusada a desarrollar una efectiva actividad probatoria o prueba de descargo, ya que en este supuesto solamente esperará el fracaso del acusador; por el contrario, si el acusador ha aportado suficiente prueba de cargo, la parte contraria podrá, o desvirtuar la prueba de cargo, o simplemente generar duda sobre el juzgador.
- La prohibición de la *reformatio in peius*. Evidentemente este aspecto está referido a la actuación del órgano jurisdiccional de instancia; sobre esto, se

15 CARNELUTTI, FRANCESCO. (1971). *Derecho procesal civil y penal*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p.120.

16 CARNELUTTI, FRANCESCO. (2001). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Vol. 2. Traducción de Santiago Sentís Melendo. México, Editorial Jurídica Universitaria, p. 62-63.

17 Debe aclararse que dentro de un proceso penal casi siempre existen dos objetos: uno de naturaleza penal y otro de naturaleza civil. El objeto penal lo fija el acusador; mientras que el objeto civil, que se traduce en una pretensión reparatoria, es fijada por la parte civil. Dejamos establecido que en el presente trabajo cuando hablemos del objeto del proceso penal nos estaremos refiriendo únicamente al objeto de naturaleza penal.

18 Vid infra 2.3.

19 Vid infra 2.3.

puede afirmar que el *juez ad quen*, en segunda instancia, no puede variar la condena de una persona a un delito más grave que el impuesto en la sentencia de primera instancia, sin que la parte acusadora también hubiere sustentado esta pretensión punitiva²⁰; obviamente, si se acusó por delito más gravoso, es posible variar la condena de primera instancia a este ilícito penal²¹. Debe anotarse que dicha característica está estrechamente relacionada al principio de contradicción, pues todas las calificaciones jurídicas propuestas por las partes deben ser objeto de audiencia –como se verá en la siguiente parte temática–.

Autores como el español Jacobo López Barja de Quiroga señalan que también por esta característica no hay posibilidad de condenar a una persona que ha sido absuelta sin que la parte acusadora hubiera impugnado la sentencia; de esta manera, agrega el citado autor, el principio acusatorio también rige en la segunda instancia del proceso, impidiendo que sin acusación en esta etapa pueda ser condenada o agravada una persona, y que, asimismo, no sean admisibles acusaciones implícitas²².

2.2. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN: CONTENIDO Y NATURALEZA

El principio de contradicción, junto a la igualdad de armas, es consustancial a la idea mismo del proceso; es un concepto que resulta siendo esencial en éste y es que la configuración de todo proceso implica una dualidad de dos partes con posturas opuestas y un tercero imparcial que decide lo que resulte de la contienda de aquellas. Esta esencialidad condiciona la validez del proceso, pues así como a una parte se le da la oportunidad de plantear su tesis, bajo este mismo presupuesto, lógica y racionalmente se le debe conceder a la otra plantear la antítesis; de esta manera la decisión final del juez surgirá luego de haberse producido un verdadero intercambio de posiciones y armas.

Algunos autores también lo llaman principio de bilateralidad o audiencia bilateral²³, sin embargo, como lo advierte Julio Maier, este nombre que normalmente se utiliza para el proceso civil sugiere tan solo una parte del contenido de este principio, el cual, en el caso del proceso penal, contiene algo más de la necesidad de dotar al imputado de facultades equivalentes a las que tiene el acusador²⁴.

Efectivamente, el contenido del principio de contradicción va más allá del aspecto antes mencionado, así se le identifica con el derecho de defensa y como un elemento integrante

20 Así pues, a manera de ilustración, puede ponerse el supuesto de modificar, en segunda instancia, la condena impuesta a una persona por el delito de tráfico de drogas en su modalidad básica, agravándola al delito de tráfico de drogas en su modalidad agravada sin que la acusación así lo hubiere propuesto.

21 FLORIAN, EUGENE señala respecto a esta característica que si bien la prohibición de la *reformatio in peius* corresponde al principio acusatorio, sin embargo en el derecho romano, donde predominaba el sistema acusatorio puro, se admitía que la apelación se resolviese en perjuicio del procesado; op, cit., p. 239 y remítase también a su cita 116, p. 289.

22 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. (2004). *Tratado de derecho procesal*. Navarra, Editorial Thomson- Aranzadi, p. 340.

23 MONROY GALVEZ, JUAN. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá, Editorial Temis, p. 82; también QUINTERO, BEATRIZ y PRIETO, EUGENIO. (2000). *Teoría general del proceso*. Bogotá, Editorial Temis, p. 93.

24 MAIER, JULIO B.J. (2004). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 552.

del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, debiéndose puntualizar que estos contenidos traducen, efectivamente, el mencionado principio.

Devis Echandía sostiene que el principio de contradicción es un derecho que pertenece a toda persona que resulta siendo imputada o sindicada en un proceso penal, el cual se identifica con el derecho de defensa y, a su vez, se fundamenta en el interés general público de respetar dos principios fundamentales: primero, el que prohíbe juzgar a nadie sin ser oído y sin darle los medios adecuados para su defensa en igualdad de oportunidades y derechos; y segundo, el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo. Igualmente persigue como fin, por un lado, la satisfacción del interés público en la “buena justicia” y en la tutela del derecho objetivo y, por otro lado, la tutela del derecho de defensa y la libertad individual²⁵. Así pues el citado autor define a la contradicción como

“el derecho a obtener la decisión justa (...) acerca de la imputación que se le formula al imputado o procesado, en una sentencia que debe ser dictada luego de haber tenido la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias para defenderse, alegar, probar e interponer los recursos que le ley procesal consagre. Ni siquiera la ley puede desconocer este derecho, pues sería inconstitucional”²⁶.

El principio de contradicción comporta tanto el derecho a ser oído, que no es sino el presupuesto cardinal del derecho de defensa, así como una tutela abstracta, la misma que se manifiesta en dos aspectos: que toda persona imputada tenga la oportunidad y se le proporcionen los mecanismos para ejercer su derecho de defensa, y que la sentencia satisfaga el ya mencionado interés público general, de restablecer el orden social y la paz pública alterada por la comisión de un delito²⁷.

Para Julio Maier, el derecho a ser oído requiere de ciertas actividades previas y consecuencias posteriores para que llegue a constituir el núcleo del derecho de defensa, y precisamente el desarrollo de estas actividades y consecuencias es lo que se conoce como principio de contradicción²⁸. De esta manera, siguiendo al mencionado autor, este principio presupone los siguientes conceptos²⁹: una “imputación” de la cual defenderse, que viene a ser la atribución a una persona de haber cometido u omitido hacer en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico; requiere además de la “intimación”, es decir, de poner en conocimiento del imputado el hecho que se le atribuye; asimismo, este derecho alcanza su expresión real en la “audiencia”, en la que el imputado puede rechazar el hecho atribuido, puede admitirlo o puede incorporar otras circunstancias que lo neutralicen o aminoren, aclarando que esta audiencia no solamente se refiere al juicio oral sino que ella debe producirse también durante el procedimiento preliminar, preparatorio o en la etapa de instrucción, previas a las decisiones interlocutorias que se pronuncian sobre la situación del imputado y previa a la acusación; e igualmente dicho principio presupone la “correlación entre la imputación y el fallo”, regla que solamente alcanza al acontecimiento histórico que contiene la acusación, no así a su calificación jurídica, que se rige por el principio del *iura*

25 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. (1984). *Teoría general del proceso*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Universidad, p. 221-223.

26 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO; *ibídem*, p. 222.

27 DEVIS ECHANDIA, HERNANDO afirma que el derecho de contradicción no tiene por objeto una tutela concreta mediante una sentencia favorable para el imputado, sino que se trata de una tutela abstracta, por cuanto se busca una sentencia justa y legal. *Loc. cit.*

28 MAIER, JULIO B.J., *op. cit.*, Tomo I, p. 552.

29 Véase al respecto el desarrollo que hace de estos conceptos el profesor MAIER, *ibídem*, p. 553 y ss.

novit curia y, por último, este principio también contiene el "derecho de probar y controlar la prueba".

El principio de contradicción forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así lo ha recogido expresamente el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, e igualmente lo ha reiterado el Tribunal Constitucional Peruano en sus sentencias³⁰. La norma deja establecido expresamente –lo que tampoco admitía duda alguna– que el principio de contradicción forma parte de los derechos fundamentales de la persona³¹.

Montero Aroca señala que el principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso respetando el contenido de aquel principio³². Al respecto consideramos exagerada la posición del profesor español pues, como cualquier derecho fundamental, el principio de contradicción, en el proceso penal, es efectivo y real, y debe ser garantizado por los jueces, sin necesidad de que exista una norma que lo positivase y obligue a su aplicación.

Establecido así el contenido del principio de contradicción y verificada su naturaleza de derecho fundamental, se puede afirmar que al amparo de éste y de la igualdad de armas, la parte acusada o el imputado puede proponer su propia calificación jurídica del hecho atribuido y provocar la correspondiente audiencia³³; sin embargo, esta calificación jurídica –al igual que la propuesta por el acusador–, tampoco vincula al órgano jurisdiccional.

Juan Luis Gómez Colomer hace suya la postura adoptada en cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, señalando que la llamada "desvinculación de la tesis" del órgano jurisdiccional supone una concreción del principio de contradicción pues, en mérito a este principio, somete a debate su tesis jurídica del hecho³⁴.

Esta postura creemos que resulta siendo inconsistente y conlleva a equivocación, porque en mérito al principio de contradicción no solamente se somete a debate la tesis jurídica del juzgador, sino también la tesis propuesta por el acusador e igualmente –como se dejó establecido–, la eventual tesis propuesta por la parte acusada; en todas estas situaciones descritas –y en cualquier otra que involucre al imputado– se genera audiencia simplemente por exigencia y para garantizar el principio de contradicción, siendo además la forma ordinaria de cómo opera este principio dentro del proceso; empero todo esto no traduce una concreción o la esencia misma de este principio. Si seguimos la lógica de la referida postura doctrinaria, no solamente en el caso de la tesis jurídica del órgano jurisdiccional sino también en las tesis de la parte acusadora y de la parte acusada, se traduciría en una concreción del principio de contradicción.

30 Una de estas sentencias del Tribunal Constitucional es la recaída en el expediente N° 6590-2005-PHC/TC, de fecha 17 de octubre del 2005.

31 La doctrina española ha recogido de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional que el principio de contradicción forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva y que, igualmente, se encuentra implícito en el debido proceso. Vid EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER. (2000). *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid, Editorial Lex Nova, p. 33.

32 MONTERO AROCA, JUAN. *El principio acusatorio entendido como eslogan político*, cit. p. 215; asimismo, en *Derecho jurisdiccional*, cit., Tomo I, p. 323.

33 Así, en la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional, dentro del expediente acumulado N° 01-93 del 21 de marzo del 2006, recaída en el proceso seguido por delito de terrorismo, se dilucidó la tesis planteada por la defensa de los acusados en los debates del juicio oral; éstos plantearon como tesis que el hecho imputado configuraba delito de rebelión y no delito de terrorismo.

34 GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *Derecho jurisdiccional*, cit., Tomo III, p. 281-282. Debe señalarse que, sobre la modificación de la calificación jurídica del hecho por el órgano juzgador, el citado autor, además, concuerda que constituye una manifestación del *iura novit curia*.

Una verdadera concreción del principio de contradicción, a nuestro modesto entender, significaría –erróneamente– que la calificación de la parte acusada –sujeto activo de éste³⁵–, vincule al órgano jurisdiccional, lo cual ya ha sido descartado.

Por último, debe resaltarse que cualquiera sea la tesis jurídica que adopte el juez –sea que haga suya la del fiscal, la de la parte acusada o una tercera que el mismo proponga– deberá haber sido objeto de audiencia, esto es, respetando el derecho de contradicción y el principio de defensa.

Siguiendo el contenido de este principio de contradicción, en el Acuerdo Plenario se ha considerado, efectivamente, que cualquiera sea la opción que adopte el Tribunal, incluso la propuesta incorporada por la defensa del acusado, deberá respetar este principio³⁶.

2.3. EL OBJETO DEL PROCESO PENAL: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

El objeto del proceso penal no es la pretensión punitiva, tampoco es el pretendido derecho a la tutela efectiva concreta³⁷; dicho objeto es aquello en el que se proyecta la actividad jurisdiccional penal, es la *res de qua agitur*, la materia o el *thema decidendi*³⁸. Esto último identifica al hecho criminal producido e imputado a una persona como el referido objeto sobre el que recae toda la actividad jurisdiccional producida en el proceso penal. Este objeto tiene dos elementos: un elemento objetivo cuyo contenido es el hecho criminal imputado, y un elemento subjetivo, constituido por la persona imputada.

Es facultad del acusador proponer y fijar el objeto del proceso penal; esta facultad es una manifestación del principio acusatorio y de la naturaleza de la acción penal, como también es el contenido del principio de congruencia de la acusación con la sentencia. Sin embargo, conviene dejar establecido que dicha facultad solo le permite plantear el hecho fáctico imputado, puesto que la calificación jurídico-penal del mismo le corresponde al órgano jurisdiccional; incluso en la etapa de instrucción que regula nuestro vigente proceso penal³⁹ le corresponde al juez decidir en el auto de apertura la calificación del hecho propuesto; en este sentido, el artículo 77 del C. de P.P. estipula que en el caso de un hecho perseguible por acción pública, el juez especializado debe calificar la denuncia del fiscal, analizando si el hecho constituye delito y señalar expresamente la tipificación del mismo; de igual forma, en el caso que se trate de acción privada, el juez debe calificar jurídicamente la denuncia; todo esto, además, se evidencia en la constante práctica judicial del actual modelo procesal penal⁴⁰.

35 Cfr. DEVIS ECHANDIA, HERNANDO; op. cit., p. 225-226.

36 Véase el fundamento jurídico diez –último párrafo– y el fundamento jurídico doce –primer párrafo–, del Acuerdo Plenario.

37 FLORIAN, EUGENE señala que el objeto del proceso penal es una determinada relación de derecho penal, cuyas características son la no disponibilidad y la inmutabilidad; op. cit., p. 22-24.

38 DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; op. cit., p. 194.

39 El Código Procesal Penal del 2004 regula una etapa de investigación preparatoria dirigida por el fiscal que, igualmente, tiene por objeto determinar el paso al juicio oral.

40 Para ilustrar esta práctica podemos citar la resolución emitida en el Exp. N° 1999-2177-0-1701-J-PE-4 de fecha 04 de junio de 1996, en la que el juez desestimó la apertura de instrucción al considerar que el hecho denunciado no constituía delito de abuso

Lo anteriormente expuesto no debe llevarnos a pensar que la calificación del hecho en este estadio procesal no tenga ninguna relevancia para el proceso penal; por el contrario, su calificación jurídico-penal permite plantear cuestiones transcendentales para el proceso, como por ejemplo, determinar la incoación o no del proceso mismo, establecer la competencia penal, fijar el tipo de procedimiento, entre otros; pero debe resaltarse que lo más importante, es que la calificación del hecho le va a permitir al imputado dirigir y ejercer con mayor eficacia todos sus medios de defensa, así pues podrá plantear una cuestión previa, una cuestión prejudicial, una excepción de naturaleza de acción y todas aquellas que pudiera ejercer en cualquier estado del proceso en busca de una decisión jurisdiccional que dilucide los más pronto posible su situación jurídica de manera favorable.

Una de las características del objeto es su "inmutabilidad", es decir, no puede ser cambiado, modificado ni alterado sustancialmente, pero esta inmutabilidad debe armonizarse con su "delimitación progresiva"⁴¹; esto último significa que el objeto del proceso penal se irá perfilando paulatinamente conforme éste avance, desde la denuncia penal hasta llegar a la calificación definitiva en la fase de la audiencia pública y con las diligencias propias de la etapa de instrucción y las pruebas actuadas en el juicio oral. Moreno Catena resume acertadamente estas características señalando que el objeto del proceso no se configura en un solo acto procesal sino que es fruto de la integración de sucesivos actos procesales que se producen desde la incoación del proceso, en que la delimitación de los hechos tienen solo un carácter "embrionario", hasta la formulación de la calificación definitiva, una vez practicadas las pruebas en el juicio oral; destaca que la identidad sustancial del hecho punible a lo largo del proceso como objeto de investigación, de acusación y de la sentencia, es fundamental para determinar si el acusado ha visto vulnerado su derecho de defensa⁴².

La delimitación progresiva del objeto está recogida en el artículo 72 del C. de P.P., cuando señala que la instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito y de las circunstancias de su comisión, y establecer la distinta participación de los autores y cómplices; así pues, en esta etapa de instrucción se parte de un objeto que no tiene un carácter definitivo sino que, conforme se vayan practicando los actos de investigación, se irá haciendo más claro y, por tanto, definiendo en el devenir del proceso.

Para saber cuándo existe una variación sustancial del hecho debemos determinar su elemento esencial y para ello debemos ceñirnos al análisis de cada hecho en concreto, pues no es posible formular una regla general que nos sirva para establecer dicha esencialidad en todos los casos, debido a la diversidad y complejidad de conductas delictivas que ocurren en la realidad⁴³.

de autoridad; ésta resolución judicial fue confirmada por la Sala Penal Superior. Estas resoluciones han sido recopiladas en Serie de Jurisprudencia 3. *Tendencia jurisprudenciales de las Cortes Superiores*; editado por la Academia de la Magistratura, Lima, 2000, p. 472-473. Asimismo, puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 2147-93-B de fecha 12 de julio de 1994, en la que se le ordena a la Sala Penal Superior que remita los actuados al juez penal para que proceda a calificar correctamente el hecho; se encuentra en la recopilación de ROJJASI PELLA, CARMEN. (1997). *Ejecutorias supremas penales*. Lima, Editorial Legrima, p. 324-325.

41 Véase al respecto a DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; op. cit., p. 197-199; igualmente a CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., op. cit. p. 112-113.

42 MORENO CATENA, VÍCTOR, en su obra conjunta con COQUILLAT VICENTE, ANGELA; DE DIEGO DIEZ, ALFREDO; JUANES PECES, ÁNGEL y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, EMILIO. (2000). *El proceso penal*. Tomo III., Valencia, Editorial Tirant lo blanch, p. 2001.

43 Debe señalarse que sobre la identificación del hecho se han formulado varias teorías; éstas son explicadas por GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS, op. cit. p.106; DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, op. cit., p. 203-206 y por CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS (2003) en su obra *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, p. 124-135.

Otra de las características del objeto del proceso penal, que se verifica solo en los casos de delitos perseguibles por la acción pública, es su “indisponibilidad” para las partes, toda vez que éstas no pueden decidir el objeto al existir un interés público no solamente de aplicar el *ius puniendi*, sino de reestablecer la paz alterada por el delito. Gómez Colomer señala que el objeto es indisponible desde el punto de vista jurídico, ya que se admite el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos posibles y también en su modo práctico, pues comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares o posteriores⁴⁴.

Esto último guarda relación con la “integridad” que mencionan Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, al referir que por esta característica se veda la posible división o fragmentación de los hechos, por tanto ni el juez instructor al dar lugar a la imputación, ni el órgano acusador al sostener la acusación, podrán prescindir de parte de los hechos de naturaleza punitiva⁴⁵.

El otro elemento del objeto del proceso penal, como ya se ha expresado, es la persona imputada, y es que solo se puede hablar de hecho criminal si es que se le atribuye a una determinada persona, o mejor dicho, hablar de “conducta” delictiva conlleva intrínsecamente referirse a una persona en particular; ésta, es la razón principal por la que no compartimos aquellas posiciones doctrinarias que excluyen del objeto del proceso penal a la persona imputada⁴⁶. Además debemos aclarar que ella no es un simple elemento configurador del objeto, sino que forma parte esencial de éste; así por ejemplo podemos referir que si primero se le imputa a Ticio la muerte de Lucio y, posteriormente, esta muerte se le atribuye a Cayo, se habrá producido un cambio sustancial del objeto del proceso penal.

2.4. LA ACUSACIÓN: DEFINICIÓN Y MOMENTOS PROCESALES

En esta parte no pretendemos realizar una exposición detallada sobre todos los requisitos y el contenido de cada uno de ellos que exige la acusación, sino tan solo nos referiremos, especialmente, a su relación con la calificación jurídica del hecho y con la delimitación del principio de congruencia.

Hemos afirmado anteriormente⁴⁷ que la acción penal se traduce en un poder-deber de acusar, el cual se concreta, propiamente, en la acusación; ésta es la forma en que se manifiesta el principio acusatorio. Se exige, pues, para la apertura del juicio oral, además de una acusación, una parte que la sostenga, distinta al juez, traduciendo de esta manera la ya mencionada máxima *nemo iudex sine actore* y *iudex ne procedat ex officio* (la jurisdicción no puede actuarse de oficio sino a instancia de parte). Pero la acusación, como acto procesal, no es más que la concreción de la pretensión punitiva, una petición dirigida al órgano jurisdiccional para que aplique el *ius puniendi*, esto es, que imponga una pena a una persona determinada por el hecho punible que, se sostiene fundadamente, ha cometido.

44 GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; op. cit., p. 99-100.

45 CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; op. cit. p.113.

46 Siguen esta postura DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; op. cit. p. 200-201.

47 Vid supra 2.1.

La acusación tiene dos momentos: uno que se configura como un acto de postulación y de apertura del juicio oral y, el otro, que delimita definitivamente el principio de congruencia y la correlación con la sentencia. Ambos están regulados en los artículos 225 y 273 del C. de P.P., respectivamente, bajo los términos de acusación escrita y exposición oral del fiscal⁴⁸.

La acusación escrita es el acto procesal que provoca la apertura de la etapa del juzgamiento y la actividad jurisdiccional decisoria; en ésta, la parte acusadora introduce al juicio oral la pretensión punitiva y efectúa una primera delimitación del objeto del proceso, esto es, del hecho imputado y de la persona imputada, que ahora pasa a ser “acusada”.

Los hechos que constituyen un elemento fundamental de la acusación escrita son introducidos a la audiencia con su respectiva calificación legal, de acuerdo al buen criterio técnico-jurídico del órgano acusador; estos hechos son aquellos que resultan de la etapa de instrucción y comprenden además –conforme a las referidas características de indisponibilidad e integridad del objeto del proceso penal–, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal⁴⁹, sean éstas atenuantes, agravantes o mixtas, como también las eximentes; de igual modo, se propondrá la pena con la que debería ser sancionada la persona acusada, pero debe agregarse que la calificación legal del hecho es una calificación provisional, pues es posible su modificación luego de la actuación de la prueba.

La acusación escrita determina el tema probatorio ya que, al fijar el objeto del proceso, orienta la actividad jurisdiccional hacia el hecho afirmado como delito y hacia la persona acusada de ser su responsable; así pues, se define y delimita el *thema probandi* sobre el que girará y definirá la pertinencia y la utilidad de los medios de prueba propuestos por las partes.

La imputación formalizada en el auto de apertura de instrucción que regula el artículo 77 del C. de P. P. no vincula a la acusación escrita –mucho menos a la acusación oral– ni en los hechos que fueron propuestos inicialmente ni en su calificación jurídico-legal, ya que la etapa de instrucción, al tener como objeto el acopio de la prueba de la realización del delito, solo prepara para el juicio e investiga las circunstancias de su comisión, por tanto no puede atribuírsele un carácter definitivo al objeto allí propuesto; éste recién será “averiguado” en una posterior actividad, se irá esclareciendo conforme avanza el proceso y se delimitará progresivamente, pero sin perder su esencialidad. Además, como se transcribe en la obra de Moreno Catena, “si la imputación del procesamiento fuera intangible resultaría innecesaria, no solo la etapa sumarial o instructora, sino también las posteriores y no podría investigarse delito alguno en la plenitud de los datos y circunstancias”⁵⁰.

48 Estos momentos procesales son regulados en otras legislaciones bajo otras denominaciones, por ejemplo: Calificación provisional y Calificación definitiva, en España; o Providencia calificatoria y Uso de la palabra del fiscal, en Colombia.

49 Para mejor entendimiento de algunos aspectos que se verán más adelante, cabe hacer una aproximación a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Éstas son elementos accidentales del delito, por lo tanto, no sirven de fundamento del injusto ni de la culpabilidad; se caracterizan por su accidentalidad, pues pueden o no darse con independencia de los elementos del delito, e indican un mayor o menor contenido del injusto o de la culpabilidad. Se clasifican en genéricas cuando son aplicables a cualquier delito, y específicas, cuando son aplicadas a un delito o a un determinado grupo de delitos; también en atenuantes, agravantes o mixtas, y en comunicables y no comunicables. Una circunstancia genérica agravante es la condición del agente de ser miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público o el que utiliza armas proporcionadas por el Estado; también la reincidencia y la habitualidad, recogidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, introducidos por la Ley Nº 28726 del 09 de mayo de 2006. Una circunstancia específica agravante es el concurso de dos o más personas en el delito de robo.

50 Es una transcripción de la STS Español del 25 de marzo de 1994 que se hace MORENO CATENA, VICTOR; op. cit., Tomo III, p. 2003.

La exposición oral es el segundo y definitivo momento de la acusación en la que, después de haberse practicado la prueba, queda fijada definitivamente la pretensión punitiva y el objeto del proceso penal; se configura así como el verdadero escrito de acusación, al que hay que atenderse para comprobar la correlación con la sentencia.

La característica principal de la exposición oral es la delimitación definitiva del hecho, que pudo haber sufrido alteraciones en comparación con el propuesto en la acusación escrita, pero que siempre conserva su esencialidad, manteniéndose inmutable. Sobre esto, el artículo 273 del C. de P.P. señala que la exposición oral del fiscal debe mantenerse dentro de los límites fijados en la acusación escrita. Solo este hecho delimitado definitivamente –no así la calificación jurídica– es el que determina la correlación de la acusación con la sentencia o el principio de congruencia; así también se entiende en la citada norma procesal cuando indica que el fiscal concluirá planteando los hechos sobre los que debe pronunciarse el órgano jurisdiccional. Igualmente se recoge de manera expresa este principio de congruencia cuando, en el caso de la sentencia condenatoria, el inciso 1 del artículo 285-A del C. de P.P., estipula que ella no debe sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación.

En este momento puede confirmarse la calificación jurídica del hecho realizada en la acusación escrita, pero también es posible –conforme a la característica de la delimitación progresiva del objeto del proceso penal– una modificación de tal calificación jurídica, ya que, como lo afirma Cortés Domínguez, tras la prueba, el “hecho probable” se convierte en “hecho probado” y, entonces, es necesario proceder a una nueva calificación que recoja las probables modificaciones fácticas que vienen introducidas por haberse practicado la prueba en el juicio oral⁵¹.

Una modificación fáctica que a su vez modifica la calificación jurídica del hecho pero manteniendo su esencia es la manifestación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; éstas, en principio, como se ha dejado establecido, deben ser fijadas en la acusación escrita, sin embargo, si recién se advirtieran después de la actuación de la prueba es posible que conlleven a una modificación de la calificación jurídica del hecho, el cual no implica un cambio sustancial del mismo. Esto último también está implícito en la regulación del inciso 3 del artículo 285-A del C. de P.P., que a efectos de salvaguardar el principio de contradicción, en caso se trate de circunstancias agravantes, ordena que deban ser objeto de audiencia. En este sentido se plasma también el razonamiento que contiene el Acuerdo Plenario al exigir que debe plantearse la “tesis de la desvinculación” cuando se incorpore una circunstancia agravante⁵².

Esta interpretación de aquella norma permite, a su vez, realizar la exégesis del artículo 263 del C. de P.P. en el siguiente sentido: la presentación de una acusación complementaria procede al haberse producido una alteración sustancial del hecho y no por la simple aparición de alguna circunstancia agravante del delito fijado en la acusación escrita. La indicada norma, modificada por el Decreto Legislativo N° 983 del 22 de julio del 2007, es más precisa que

51 CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN; op. cit., p. 415. En este mismo sentido se pronuncia GOMÉZ COLOMER, JUAN LUIS, op. cit., p. 259-260 y TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, *Derecho procesal penal*, cit., p. 489-490.

52 Vid fundamento jurídico once -primera parte- y fundamento jurídico doce -primera parte-, del Acuerdo Plenario. En este último fundamento se indica que en caso se trate de circunstancia atenuante no será necesaria plantear la “tesis de la desvinculación”.

la anterior⁵³, al señalar que procede esta acusación por la inclusión de un "hecho nuevo" o hechos omitidos en la acusación; esto, obviamente, representa una variación sustancial del elemento objetivo del objeto del proceso, por esta razón no compartimos el criterio establecido en el Acuerdo Plenario –fundamento jurídico siete–, cuando señala que en este caso se trata de una variación no sustancial.

Otra posibilidad del contenido de la exposición oral es la retirada de la acusación que, a decir de algunos autores, tiene como efecto una sentencia absolutoria⁵⁴; empero, en nuestro proceso penal, dicha posibilidad conlleva al sobreseimiento de la causa penal después de haber seguido el procedimiento que regula el artículo 275 del C. de P.P.⁵⁵ La opción de esta norma nos parece acertada ya que el poder-deber de acusar que manifiesta el principio acusatorio, comprende no solamente el poder de hacer iniciar el juicio con la formulación de la acusación, sino también el poder de mantener vivo el proceso, sustentando y afirmando la acusación por lo que, de no verificarse este poder-deber en la etapa final del proceso, el efecto debe ser el mismo que cuando se solicita el archivo del proceso conforme al inciso a) del artículo 220 del C. de P.P., esto es, el sobreseimiento de la causa.

Por tanto, conforme a estas características y contenido de la exposición oral, la acusación escrita no vincula a aquella ni a la sentencia. Lo mismo puede afirmarse del auto de enjuiciamiento que regula el artículo 229 del C. de P.P. que no es más que un decreto; es decir, una resolución de mero trámite que ordena el paso a la etapa del juicio oral. Cabe agregar a este respecto que esta resolución responde a la necesidad de un previo pronunciamiento para poder entrar en el juzgamiento oral, constituyendo un juicio de racionalidad en cuanto supone la estimación de que hay motivos suficientes para ingresar a esta etapa procesal pero que, en modo alguno, debe entenderse vinculante para la sentencia que se dicte⁵⁶.

Debe señalarse que en la realidad del proceso, sin embargo, puede producirse en el juicio oral una modificación sustancial de su objeto; en este caso, si se altera su elemento subjetivo, esto es, la persona imputada, deberá iniciarse una nueva instrucción conforme al artículo 265 del C. de P.P. La misma solución ha regulado dicha norma cuando se descubre "otro" hecho similar, distinto o conexo al que ha sido objeto del proceso. Por último, si se produjera una alteración de su elemento objetivo, es decir, una modificación sustancial del hecho, siguiendo la ya mencionada interpretación del artículo 263 del C. de P.P., atendiendo al contenido del principio acusatorio, deberá presentarse una nueva acusación –o acusación complementaria–; ésta solución además de estar justificada en normas de rango constitucional, resulta siendo una solución técnica pues evitaría tanto la impunidad como también una probable vulneración a la prohibición de la doble persecución penal que contiene el *ne bis in idem*.

53 La anterior redacción del artículo 263 del Código de Procedimientos Penales hacía referencia a una "nueva acusación"; en la vigente norma, modificada por el Decreto Legislativo N° 983, ahonda en precisiones al indicar lo siguiente: "Durante el juicio y hasta antes de la acusación oral el fiscal, mediante un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma mediante la inclusión de un hecho nuevo que no haya sido comprendido en la acusación escrita en su oportunidad, que modifique la calificación legal. De la misma forma procederá el fiscal cuando hubiere omitido pronunciarse en la acusación escrita sobre un hecho o hechos que hubieren sido materia de instrucción. En tales supuestos, el fiscal deberá advertir, de ser el caso, la variación de la calificación correspondiente. Luego de escuchar a las partes, la Sala se pronunciará respecto al auto ampliatorio de enjuiciamiento correspondiente (...)".

54 Así lo sostiene GOMÉZ COLOMER, JUAN LUIS, *ibídem* p. 259; también CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS, *op. cit.*, p. 83.

55 La Corte Suprema de la República, en la ejecutoria recaída en el recurso de nulidad N° 2200-2003-CALLAO del 23 de septiembre del 2003, ha considerado que el retiro de la acusación procede por la aparición de nuevos "elementos de prueba", es decir, entendiéndose a éstos como datos objetivos que se incorporan legalmente al proceso.

56 Cfr. CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS, *ibídem*, p. 81.

CAPITULO III

EL *IURA NOVIT CURIA*

3.1. EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*: CONTENIDO Y LIMITACIONES

Sobre el origen histórico del aforismo *iura novit curia* solo se conoce con precisión que era invocado como traducción latina de una expresión empleada por los jueces en el siglo XIII, cuando frente a las interminables discusiones normativas efectuadas por los letrados hacia las cuestiones de derecho con descuido de los hechos, eran obligados a interrumpirlos con la siguiente expresión: “aténgase el letrado a los hechos, que el juez conoce el derecho”.

Como bien ha escrito Sentís Melendo la frase *venite ad factum. iura novit curia* surgió como una advertencia de un juez fatigado por la exposición jurídica de un abogado y que, además, guarda relación con otro aforismo latino: *da mihi factum, dabo tibi ius*, el cual se traduce como “dame los hechos, yo te daré el derecho”. Igualmente, detalla su significación idiomática precisando que el sujeto en la oración es el término *curia* que representa al juez, al tribunal o al juzgador en general; el verbo es el término *novit*, el cual constituye la tercera persona del singular del pretérito perfecto de *nosco, noscis, noscere, novit, notum*, y denota un conocimiento expresamente logrado –no un conocimiento que se va obteniendo dentro del proceso–; mientras que *iura* es un término plural que significa “derechos”, refiriéndose al derecho objetivo, no así a los derechos subjetivos⁵⁷.

Una primera aproximación deducible de esta significación idiomática permite afirmar que el aforismo hace alusión tanto a la función del juez como a su profesionalismo, es decir, a su conocimiento del derecho aplicable a la situación que debe juzgar, sin que le sea permitido dejar de juzgar, incluso, en situaciones de laguna o vacíos del derecho.

La jurisdicción se entiende como la función pública de administrar justicia emanada de la soberanía del Estado que tiene por fin la realización o declaración del derecho, mediante la aplicación de la ley en casos concretos. Esta función es ejercida por los jueces quienes están revestidos de una serie de cualidades propias; una de éstas es su conocimiento del derecho. La cualidad del juez de ser un profesional del derecho es el presupuesto básico para que pueda resolver con sujeción a la ley y, además, darle validez y eficacia a sus actos.

La forma tradicional con la que se ha venido expresando esta preparación técnica del juez es el mencionado aforismo latino *iura novit curia*, pero éste no solo sintetiza los poderes sino que además actúa como un principio aplicable a todo proceso⁵⁸, conforme al cual las partes proponen los hechos y el juez aplica el derecho. Evidencia también una dicotomía

57 SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. (1978). “*iura novit curia*”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVI. Buenos Aires, Editorial Driskill, p. 937-938.

58 Ha sido positivizado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

entre hecho y derecho, que a su vez refleja la dicotomía entre los poderes de las partes y los poderes del juzgador e, igualmente, la dicotomía entre la parcialidad e imparcialidad. Esto último se verifica en el proceso cuando la parte también valora jurídicamente el hecho tal como lo hace el juez, pero lo hace con un método diverso que responde a su posición e interés, mientras que el juez razona libremente y trata de actuar imparcialmente en cuanto no tiene interés, o al menos no debe tener ningún interés en concluir en un sentido o en otro⁵⁹.

El autor español Ezquiaga Ganuzas apunta que el *iura novit curia* esconde dos usos del conocimiento judicial del derecho; por un lado, es una presunción que se operativiza en el ámbito del proceso y que sustenta la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional, en el que éste último, al conocer del derecho aplicable al litigio, exime a las partes de alegar y probar a los materiales jurídicos y, a su vez, justifica que el juez no se encuentre vinculado a las consideraciones de derecho que eventualmente aquellas efectúen; por otro, es un principio normativo que actúa junto a esa función procesal como un deber impuesto a los jueces para que resuelvan los litigios utilizando el derecho⁶⁰.

Aquel deber conlleva también al órgano técnico encargado de aplicar el derecho a que en su labor de suplir la ignorancia o de subsanar el yerro de las partes al fundar normativamente sus pretensiones, ponga todos los medios de investigación necesarios para procurarse el conocimiento del derecho vigente, incluso fuera del proceso⁶¹. En relación con lo expuesto, Montero Aroca señala que el *iura novit curia* pone de manifiesto el deber del juez de conocer el derecho y la facultad de aplicar en el caso concreto la norma adecuada; este deber y facultad no está sujeto a discusión doctrinal alguna, simplemente porque la norma jurídica no sirve para delimitar el objeto del proceso⁶². En este mismo sentido, Sentís Melendo sostiene que para el juez es un deber el conocimiento del derecho y que a su vez este conocimiento encuentra su manifestación de interés máximo en su obligación de juzgar sin que pueda dejar de hacerlo bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de leyes⁶³.

El citado profesor Ezquiaga Ganuzas postula además que el aforismo *iura novit curia* expresa un principio estructural o institucional del sistema jurídico, es decir se trataría de lo que ha sido denominado principio-construcción o una *regula iuris*, una elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como un armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica⁶⁴. Este juicio del profesor español destaca el origen dogmático del brocárdico *iura novit curia*, así también lo vislumbra Sentís Melendo cuando sostiene que el aforismo es un principio jurídico de evolución lenta y extensa, que se proyecta hasta nuestros días y que es forzoso relacionar con la arquitectura del derecho aplicable en cada país⁶⁵.

Esa facultad y deber de calificar los hechos que manifiesta el *iura novit curia*, expresa también la libertad con la que cuenta el órgano jurisdiccional para subsumir los hechos alegados y probados por las partes dentro de las previsiones normativas que rigen el caso, la misma que subsiste aún cuando las partes hubieran invocado otras disposiciones

59 CARNELUTTI, FRANCESCO; op. cit., Tomo I, p.110.

60 EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; op. cit., p. 18.

61 Cfr. PEYRANO, JORGE. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 96.

62 MONTERO AROCA, JUAN; op. cit., Tomo I, p. 342.

63 SENTÍS MELENDO, SANTIAGO; op. cit., p. 940.

64 EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; op. cit., p. 18-19.

65 SENTÍS MELENDO, SANTIAGO; op. cit., p. 938.

legales⁶⁶. Esta libertad de elección de la norma aplicable se mueve dentro del campo legislativo, por lo que el legislador debería poner a disposición del juez un surtido de hipótesis variado y ordenado, de modo que el juzgador pueda encontrar fácilmente la solución normativa al caso⁶⁷.

Aquella facultad y libertad que concede el *iura novit curia* no es absoluta, pues está limitada por dos principios: el principio de contradicción y el principio de congruencia. Por ello, puede afirmarse que el órgano jurisdiccional no está vinculado a las calificaciones normativas que hagan las partes, pero sí debe respetar y no debe salirse de los hechos propuestos por ellas y, asimismo, la calificación jurídica que finalmente adopte no debe causar su indefensión a las partes. Estos límites encierran la ya mencionada dicotomía que surge entre los poderes de las partes y los poderes del juzgador.

El procesalista uruguayo Jorge Peyrano recoge la limitación del principio de contradicción, reformulando el *iura novit curia* bajo la denominación de “reconducción” de postulaciones y diferenciándola de la “recalificación”; así explica que en la “reconducción”, el juez cumple una tarea docente que también le incumbe, advirtiéndolo antes posible a la parte que ha elegido el camino equivocado, indicándole cuál es el rumbo correcto y permitiéndole, además, reformular su pretensión; mientras que en “recalificación”, el órgano jurisdiccional se circunscribe a señalar en la etapa final del proceso que se ha formalizado un encuadramiento legal erróneo realizando el correcto, pero sin brindar a las partes la posibilidad de reajustar sus pretensiones⁶⁸. Esta terminología que se propone no recoge claramente la limitación que le impone el principio de contradicción al *iura novit curia* como lo pretende el profesor uruguayo, pues debe señalarse que dicha limitación no implica siempre una reformulación o reconducción del criterio jurídico adoptado por las partes al criterio propuesto por el juzgador, sino que la operatividad del principio de contradicción en el proceso conlleva a que la calificación jurídica que proponga y adopte el juez al final del proceso deba haber sido objeto de audiencia –incluso si adopta la formulada por una de las partes–.

Siguiendo a Montero Aroca puede resumirse que la aplicación del *iura novit curia* manifiesta que el juzgador conoce el derecho y no se encuentra vinculado a las alegaciones jurídicas que le hagan las partes, pudiendo estimar como correcta una de las opiniones formuladas por las partes pero también estimando que las dos no son aplicables al caso enjuiciado, por lo que puede formular su propia calificación jurídica, esto es, una “tercera opinión”, la que habrá de poner en conocimiento de las partes para que hagan efectivo su derecho de contradicción⁶⁹.

Un tema que merece atención y análisis es lo expuesto por el tratadista Sentís Melendo cuando afirma que el principio *iura novit curia* ha presentado y aún presenta excepciones, y enumera como parte de éstas a personajes, procedimientos e instituciones como los *diseurs de Droit* (*Rechtsprecher, Rechtsweiser*) alemanes, que proyectaban la sentencias; los *rachimbourgs* franceses que eran investigadores de la ley y preparaban el fallo; los asesores de los juzgadores italianos de la Edad Media, que absolvían las consultas de éstos; la obligación de los jueces alemanes del siglo pasado de solicitar un dictamen a

66 Cfr. PEYRANO, JORGE; op. cit., p. 96.

67 CARNELUTTI, FRANCESCO, op. cit., Tomo I, p. 160-161.

68 PEYRANO, JORGE. “*iura novit curia* procesal: La reconducción de postulaciones”. En *Revista de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, p. 67-68

69 MONTERO AROCA, JUAN, op. cit., Tomo I, p. 325.

una Facultad de Derecho; la institución del abogado asesor de los jueces municipales en la legislación española; y la de los jueces asociados y asesores previsto en el procedimiento civil venezolano, que en muchos casos se unían para dictar sentencia⁷⁰.

Lo expuesto por el citado doctrinario español exige ante todo diferenciar entre "límite" y "excepción" al principio *iura novit curia*. El primero hace referencia a la dimensión de su contenido; es decir, a la demarcación de su funcionamiento y operatividad dentro del proceso que no puede desconocer, pues de hacerlo violentaría principios constitucionales. La segunda, traduce la inaplicación del principio al interior del proceso en un caso concreto, esto es la abdicación del deber-facultad que tiene el juez de aplicar el derecho a favor de una de las partes

Trazadas estas diferencias, afirmamos que la señaladas excepciones al principio *iura novit curia* no son tales. Éstas solamente ilustran, por un lado, algunas de las tantas formas como se puede ejercer la jurisdicción, sea por doctos o legos; y por otro, muestran procedimientos utilizados por los jueces para llegar a una decisión final ajustada a derecho. Empero, en ninguna de ellas, se manifiesta una cesión de la función constitucional y el deber concedido al juez de aplicar el derecho en provecho de alguna de las partes que intervienen en un proceso.

3.2. EL *IURA NOVIT CURIA* Y LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Lo expuesto hasta aquí respecto al *iura novit curia* nos permite formular algunas cuestiones de cómo opera este principio en el proceso penal. La primera está referida, obviamente, a la calificación jurídica del hecho delimitado en la acusación fiscal. Esta no vincula al órgano jurisdiccional pues, conforme se ha explicado, por el principio *iura novit curia* la solución jurídica del caso le corresponde al órgano jurisdiccional como expresión de los poderes de la jurisdicción, de los que no puede renunciar a favor de ninguna de las partes, en este caso, a favor del acusador; por el contrario, se le impone el deber de conocer y aplicar el derecho al caso concreto. En este sentido, la opinión de la doctrina es casi unánime en concluir que en el aspecto jurídico del hecho rige el principio del *iura novit curia*, así lo sostienen autores como Carnelutti⁷¹, Florián⁷², Maier⁷³, Binder⁷⁴, Montero Aroca⁷⁵, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo⁷⁶, Cucarella Galiana⁷⁷,

70 Vid. SENTÍS MELENDO, SANTIAGO; op. cit., p. 940-941.

71 CARNELUTTI, FRANCESCO refiere que el juez es libre de valorar jurídicamente el hecho; op. cit., Tomo II, p. 132; confróntese también el Tomo I, p. 108, 110 y 160.

72 EUGENE, FLORIAN hace referencia igualmente, a la libertad que tiene el juez de calificar el hecho; op. cit., p. 215 y 220.

73 MAIER, JULIO B.J.; op. cit., Tomo I, p. 569.

74 BINDER, ALBERTO. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, p. 159-160.

75 MONTERO AROCA, JUAN señala que el contenido del principio de contradicción no alcanza a la calificación jurídica de los hechos, pues en todos los procesos es de aplicación el vocablo *iura novit curia*; vid Derecho jurisdiccional, cit., Tomo I, p. 325 y 342.

76 CALDERON CEREZO y CHOCLAN MONTALVO se refieren del mismo modo al principio de contradicción y de defensa como límite al *iura novit curia*; op. cit., p. 400 y 424.

77 CUCARELLA GALIANA, LUIS-ANDRES; op. cit., p. 183.

Ezquiaga Ganuzas⁷⁸ y Vásquez Rossi⁷⁹; igualmente en la jurisprudencia comparada, de países como Argentina⁸⁰, Venezuela⁸¹, El Salvador⁸², Nicaragua⁸³ y España⁸⁴, donde se ha postulado que la calificación jurídica le corresponde al órgano jurisdiccional en mérito al mencionado principio *iura novit curia*.

Una postura contraria a la mayoría es la expuesta por el tratadista español López Barja de Quiroga al sostener que el principio acusatorio significa que el órgano jurisdiccional está vinculado por la acusación tanto por los hechos como por la calificación jurídica, por ende, la correlación entre acusación y sentencia no pueden referirse a hechos que no sean objeto de la acusación ni a calificaciones distintas a la realizada por el órgano acusador⁸⁵.

Con esta postura el mencionado autor no solamente rechaza la aplicación del principio *iura novit curia* en el proceso penal, sino que cuestiona la constitucionalidad de cualquier norma que permita al juzgador “desvincularse” de la tesis jurídica de la acusación pues vulneraría el principio acusatorio⁸⁶.

Conforme al contenido del principio *iura novit curia*, no concordamos con esta postura y resumimos nuestras razones en lo siguiente:

Primero, el Estado, al ser titular de la jurisdicción y del *ius puniendi*, se desdobra en dos. Por un lado actúa como juzgador y, por otro, actúa como acusador, funciones que recaen en personas diferentes; ésta última función se le ha atribuido al Ministerio Público, convirtiéndolo así en una parte artificial⁸⁷, lo que además hace posible el esquema básico

78 EZQUIAGA GANUZAS; op. cit., p. 23-24.

79 VASQUEZ ROSSI, JORGE EDUARDO. (2004). *Derecho procesal penal*. Tomo. II. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 456.

80 La Suprema Corte de Argentina, en su sentencia del 09 de agosto del 2001, siguiendo los fundamentos de la Procuración General, señala que en mérito al principio *iura novit curia*, el Tribunal puede modificar la calificación jurídica del hecho. Puede visualizarse esta sentencia recaída en el expediente N° 107 XXXIV, ingresando este número a la siguiente dirección electrónica: http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc_fallos.jsp

81 Vid la sentencia N° 6 de la Corte de Apelaciones del Estado de Portuguesa de Venezuela del 17 de febrero de 2006, en la que siguiendo las innumerables decisiones de la Corte Suprema de ese país, sostiene que el juez, en virtud del principio *iura novit curia*, no está atado a las calificaciones jurídicas que hagan las partes ni a las omisiones de las mismas, por cuanto él aplica o desaplica el derecho *ex officio*. Se adjunta como anexo 3.

82 Véase la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de San Salvador del 14 de noviembre del 2005, N° 272-CAS-2005, en la que se sustenta que en mérito al principio *iura novit curia*, el Tribunal puede variar la calificación del delito. Se adjunta como anexo 4; también se puede acceder a esta sentencia ingresando a <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nItem=38963&nModo=3>

83 Revítese la sentencia de la Corte Suprema de Managua del 30 de junio del 2004, N° 24, en cuyos considerandos se señala que el juzgador puede dar al hecho una calificación distinta y aplicar una pena, que incluso puede ser más gravosa a la propuesta en la acusación. Se adjunta como anexo 5; igualmente, puede accederse a esta sentencia ingresando a <http://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/spsen24.pdf>

84 En España, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido que le corresponde al juzgador, en aplicación del principio del *iura novit curia*, calificar normativamente el hecho. Véase la sentencia del Tribunal Supremo del 01 de febrero de 1997, citada y resumida por CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS, op. cit., p. 183-184; este autor advierte además que existe jurisprudencia que señala que la calificación jurídica forma parte del objeto procesal que vincula al juzgador. El Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en el sentido que en mérito al *iura novit curia* le corresponde al juzgador calificar jurídicamente el hecho; véase al respecto la STC 12/1981, que transcribe MORENO CATENA, op. cit., Tomo III, p. 2005; también la STC 105/1983 del 23 de noviembre de 1983, que se adjunta como anexo 6.

85 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; op. cit. p. 335-336. Debe señalarse además que una parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español sigue esta postura.

86 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; ibídem, p. 339.

87 Respecto al rol de “parte artificial” que le corresponde desempeñar al Ministerio Público, cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO; op. cit., Tomo I, p. 117.

de todo proceso, es decir, que existan dos partes contrapuestas y un tercero imparcial que resuelve. Partiendo de estos roles y funciones que le corresponden a cada uno de los intervinientes en el proceso penal, el pretender que el órgano jurisdiccional se encuentre vinculado por la calificación que realice el acusador no solamente iría contra el esquema esencial de todo proceso, sino que además conllevaría a despojarle al juez de los poderes de la jurisdicción que ejerce, cediéndolas a la parte acusadora, todo lo cual trastocaría el proceso penal a una especie "modelo inquisitivo invertido" a favor del Ministerio Público, que actuaría como acusador y, en parte, como juzgador, con poderes que no le corresponde ejercer dentro del proceso penal y que nunca le correspondieron desde su creación⁸⁸.

Segundo, por el principio de la igualdad de las partes se les concede a éstas los mismos derechos, posibilidades y cargas, de tal modo que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de algunas de ellas. Si seguimos este principio y lo combinamos con la citada postura de López Barja de Quiroga, erróneamente se podría sostener que la calificación jurídica del hecho que pueda proponer la parte acusada en mérito al principio de contradicción también debe vincular al órgano jurisdiccional y, bajo este supuesto, dicha parte procesal, igualmente, se convertiría en juzgadora; todo esto resulta siendo un sinsentido y produciría una anarquía en el proceso penal.

Por último, debe descartarse la inconstitucionalidad de aquellas normas que como el inciso 2 del artículo 285-A del C. de P.P. contienen expresamente el *iura novit curia* dentro del proceso penal ya que, conforme a los fundamentos expuestos, el órgano jurisdiccional puede cambiar la calificación jurídica del hecho proponiendo una "tercera opinión" correspondiéndole, por ende, la decisión final de la misma –previa audiencia de la postura jurídica asumida–. Esta decisión jurídica propia de la *iudicium* la ejerce como poder de la jurisdicción de manera exclusiva y, por tanto, no puede encontrarse dentro del contenido del principio acusatorio; sin embargo, la parte acusadora, igualmente, conserva su poder en cuanto a los hechos, ya que éstos vinculan al juzgador, delimitando el principio de congruencia o la correlación de la sentencia con la acusación. Esta dicotomía se enmarca dentro del referido esquema básico y esencial de todo proceso y se sustenta en normas de orden constitucional como el inciso 2 del artículo 2 y los artículos 139 y 159 de nuestra carta magna.

Otro aspecto relacionado al *iura novit curia* dentro del proceso penal es el referido a la pena: bajo los mismos fundamentos descritos se concluye que la pena solicitada en la acusación tampoco vincula al juzgador. La concreta pena a imponer no viene delimitada por las peticiones y las admisiones de las partes sino por el principio de legalidad⁸⁹ y por el principio de proporcionalidad que le corresponde determinar al órgano jurisdiccional, quien puede imponer una pena superior o inferior a la solicitada en la acusación. En este sentido el inciso 4 del artículo 285-A del C. de P.P. no hace sino reiterar la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, que debe comprender también la debida justificación de la pena impuesta. A este respecto Eugene Florián señala que, en lo que atañe a la calificación jurídica, el juez goza de completa libertad e incluso puede aplicar penas más graves o medidas seguridad no pedidas pero dentro de los límites de su competencia y siempre que el hecho no varíe⁹⁰.

88 Sobre la historia del Ministerio Público y su función en el proceso penal, léase a MAIER, JULIO; op. cit. tomo II, p. 294 y ss.

89 MONTERO AROCA, JUAN; op. cit., Tomo. I, p. 370.

90 FLORIAN, EUGENE; op. cit., p. 215.

Debemos señalar que en el Código Procesal Penal de 2004, en relación a la pena, se ha puesto un límite a esta facultad del juzgador, al estipularse en el inciso 3 del artículo 397 que el juez penal no puede aplicar una pena más grave que la solicitada por el fiscal. Esta regulación no solo desconoce el principio *iura novit curia* sino que, además, confunde la naturaleza de la acción penal; a este respecto debemos recordar⁹¹ que la acción penal se configura como un poder-deber de acusar en la que no existe ningún derecho material subjetivo de pedir pena; en ésta el accionante no tiene un derecho a la pena.

El límite que impone el principio de congruencia al *iura novit curia* en el proceso penal interacciona con el principio acusatorio, pues solamente el aspecto fáctico delimitado en la acusación vincula al órgano jurisdiccional, por ende, su pronunciamiento final debe limitarse tanto al elemento objetivo (hecho) como al elemento subjetivo (persona) del objeto propuesto por la parte acusadora. El otro límite al *iura novit curia* impuesto por el principio de contradicción ha sido recogido expresamente en el citado inciso 2 del artículo 285-A del C. de P.P.; ésta norma procesal regula que la calificación jurídica del hecho que finalmente adopte el juzgador debe haber sido objeto de audiencia, proscribiendo así la indefensión de las partes.

Estas limitaciones son las mismas que han sido plasmadas en el Acuerdo Plenario cuando se establece como doctrina legal que se puede plantear la “tesis de la desvinculación” sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de la acusación; en este caso, la operatividad del *iura novit curia* se manifiesta en la nueva calificación jurídica propuesta del juzgador –“tercera opinión” – empero limitada, por un lado, por el principio acusatorio, y por otro –deducible de sus fundamentos jurídicos⁹²–, por el principio de contradicción.

Se ha sostenido en algún sector de la doctrina que la calificación jurídica que proponga el juzgador debe ser homogénea con la calificación propuesta en la acusación, esto es, que exista identidad del bien jurídico o del interés protegido⁹³. A nuestro juicio, afirmamos que si bien los conceptos de homogeneidad y heterogeneidad son criterios orientativos que puede utilizar el juzgador al momento de decidir la calificación jurídica del hecho, sin embargo tales conceptos son insuficientes pues no comprenden toda la casuística que se puede presentar sobre el tema. A manera de ilustración puede proponerse uno de la variedad de casos que se presentan en la práctica judicial: se le ha acusado a Cayo por el delito de peculado por extensión (artículos 387 y 392 del Código Penal), empero, luego de la actuación probatoria del juicio oral, se determina que su conducta configura el delito de apropiación ilícita del depositario judicial (segundo párrafo del artículo 190 del Código Penal); ambos delitos tienen una estructura semejante, existiendo solo un conflicto aparente de leyes⁹⁴ que recién podría dilucidarse al termino del juzgamiento oral. Es evidente que el hecho, en este caso, conserva la misma esencialidad en ambos tipos penales, sin embargo ellos no resultan siendo homogéneos ya que cada uno protege distintos bienes jurídicos.

En el caso propuesto, si siguiéramos el mencionado criterio de homogeneidad, existiría la imposibilidad por parte del juzgador de modificar y proponer una nueva calificación jurídica

91 Vid supra 2.1.

92 Fundamento jurídico diez –primer párrafo– y fundamento jurídico once del Acuerdo Plenario.

93 MORENO CATENA, VÍCTOR, siguiendo la jurisprudencia de un sector de la Suprema Corte Española, señala que el Tribunal puede emplear un tipo distinto al afirmado por el acusador, siempre que se trate de un tipo estructuralmente homogéneo al que es objeto de imputación; op. cit., Tomo III, p. 2403-2404.

94 Vid. SALINAS SICCHA, RAMIRO. (2006). *Delitos contra el patrimonio*. Lima, Jurista Editores, p. 219-220.

por el nuevo delito y lo único que se lograría es dejar impune esta conducta delictiva, pues por el *ne bis in idem* es imposible volver a perseguir al acusado penalmente por el mismo hecho. Según nuestra postura debe resaltarse que, a diferencia de otros procesos en los que igualmente se aplica el *iura novit curia*, aquí solamente existe una oportunidad de procesar al imputado; por consiguiente, con mayor razón, no se puede limitar la calificación jurídica que haga el juzgador a criterios de homogeneidad, toda vez que en ciertos casos perdería esta única ocasión que tiene para aplicar el derecho punitivo del Estado.

Se concluye así: primero, la realidad rebasa la extensión de los conceptos homogeneidad y heterogeneidad; en este sentido, estos criterios no pueden proponerse como una regla general en la modificación de la calificación jurídica del hecho; y segundo: la aplicación de tales conceptos estaría configurando un nuevo límite al principio del *iura novit curia* sin ningún sustento técnico-jurídico, por el contrario, contra una eficaz política criminal y una "buena" justicia penal.

Por estas mismas razones no resulta siendo de utilidad, al menos en la etapa de juzgamiento oral y sentencia del proceso penal, el llamado principio de determinación alternativa⁹⁵ debiéndose agregar a ellas que en nuestro proceso, como en todo proceso, tiene plena vigencia el principio *iura novit curia* con las limitaciones que le impone el principio de contradicción, el principio de congruencia y el principio acusatorio, del tal manera que la calificación final que adopte el juzgador en mérito al *iura novit curia* –sin criterios de homogeneidad ni heterogeneidad– debe haber sido objeto de audiencia conforme lo exige el principio de contradicción, y la sentencia que dicte, por el principio de congruencia, no debe salirse del límite fáctico delimitado por el acusador como expresión de principio acusatorio.

En el Acuerdo Plenario se ha establecido como doctrina legal que no es necesario plantear la "tesis de la desvinculación" cuando se presente una nueva circunstancia o una distinta tipificación, que mantenga la homogeneidad del bien jurídico protegido y siempre que haya sido propuesta por la defensa. En este supuesto regulado no se manifiesta la operatividad del principio *iura novit curia*, pues la propuesta de calificación no proviene del juez ni a exigencia de éste se somete a audiencia esta nueva propuesta; antes bien, la propuesta es efectivizada por la defensa, por ende, puede afirmarse que en este supuesto existe una manifestación del principio de contradicción⁹⁶.

Esta regulación es acorde con los postulados sostenidos en la presente investigación, empero cabe completarla señalando que, en casos de nueva circunstancia o distinta tipificación, sea homogénea o heterogénea pero que no haya sido propuesta por la defensa, el juez, en el ejercicio del *iura novit curia*, puede proponer una nueva calificación o plantear la "tesis de la desvinculación" a efecto de que sea objeto de contradicción (audiencia).

95 Recuérdese que la aplicación del principio de determinación alternativa presupone de: a) la homogeneidad del bien jurídico, b) la inmutabilidad de los hechos, c) la preservación del derecho de defensa y d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para la correcta adecuación del tipo.

96 Vid supra 3.

CONCLUSIONES

El contenido del presente estudio, en relación al problema de investigación planteado y al Acuerdo Plenario, nos lleva a formular las siguientes conclusiones:

- 1.- El fundamento dogmático jurídico del artículo 285-A del C. de P. P. es el principio *iura novit curia*, con las limitaciones que le impone el principio acusatorio y el principio de contradicción.
- 2.- El principio *iura novit curia*, dentro del proceso penal, se manifiesta en la nueva calificación jurídica propuesta el juzgador, esto es, en la “tercera opinión” que éste puede formular al hecho objeto del proceso.
- 3.- Los supuestos previstos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 285-A del C. de P.P., antes que regular la “tesis de la desvinculación”, recoge el principio *iura novit curia*, el cual conjuntamente con el principio acusatorio y el principio de contradicción, constituyen el soporte jurídico del proceso penal que permite la actuación de los demás derechos y garantías procesales que se le reconocen a las partes y de los poderes conferidos al juzgador.
- 4.- La regulación prevista en el inciso 4 del artículo 285-A del C. de P.P. no hace sino reiterar la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, la misma que debe comprender también la debida justificación de la sanción impuesta como contenido, además, de la facultad discrecional que tiene el juzgador de determinar judicialmente la pena.
- 5.- La calificación jurídica que adopte el juzgador del hecho objeto del proceso, sea que adopte la propuesta por la parte acusadora –en mérito al principio acusatorio–, sea la propuesta por la parte acusada –en mérito a su derecho de defensa–, o una “tercera opinión” propuesta por él –en ejercicio del principio del *iura novit curia*–, debe haber sido objeto de audiencia, esto es, haber sido objeto de contradicción, salvaguardado el derecho de defensa. Siguiendo este planteamiento, es erróneo –y solo genera confusión en los operadores del derecho– referirse a esta regulación como “tesis de la desvinculación”, pues ni la calificación jurídica propuesta por el órgano acusador, ni la propuesta por el imputado, vinculan al juzgador.
- 6.- En los supuestos de nuevas circunstancias agravantes o que justifiquen la imposición de una medida de seguridad, el juzgador deberá proponerla y someterla en audiencia a efecto de que se haga efectivo el principio de contradicción como esencia del derecho de defensa.
- 7.- El primer supuesto establecido como doctrina legal en el Acuerdo Plenario –referido a la nueva calificación del hecho punible propuesta por el juzgador sin variación o alteración sustancial del mismo–, manifiesta la operatividad del principio del *iura novit curia* con sus limitaciones, tanto del principio acusatorio como del principio de contradicción, pues debe respetar la esencialidad objetiva y subjetiva del objeto propuesto por el acusador y, además, ser objeto de contradicción.

- 8.- El segundo supuesto establecido como doctrina legal en el Acuerdo Plenario debe completarse en el sentido que, de presentarse casos de nueva circunstancia o distinta tipificación, sea homogénea o heterogénea pero que no haya sido propuesta por la defensa, el juzgador puede proponer una nueva calificación a efecto de que sea objeto de contradicción.
- 9.- En el tercer supuesto establecido como doctrina legal –referido a la aparición de circunstancias atenuantes, variación del grado del delito o del título de participación, manifiesto error en la tipificación–, no se exige seguir el trámite previsto en el inciso 2 del artículo 285-A del C. de P.P., esto es, no es obligación del juez proponer una nueva calificación para que sea sometida a audiencia pues no estamos ante un supuesto que contenga el ejercicio del *iura novit curia*. Sin embargo, en tales casos, sí debe constatarse el ejercicio potencial del derecho de defensa; es decir, si bien no es exigencia comprobar un efectivo ejercicio del derecho de contradicción sí lo es verificar que se le haya dado todas las posibilidades para que lo ejerciera, de tal manera que no se le sea sorpresivo el fallo.

BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2000). *Serie de Jurisprudencia 3. Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores*. Lima, AMAG.

BINDER, ALBERTO. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.

CALDERÓN CERESO, A y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2002). *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Editorial Dykinson.

CARNELUTTI, FRANCESCO. (1971). *Derecho procesal civil y penal*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CARNELUTTI, FRANCESCO. (2001). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Vol. 2. Traducción de Santiago Sentís Melendo. México, Editorial Jurídica Universitaria.

CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTÍN y MORENO CATENA, VÍCTOR. (2005). *Derecho procesal penal*. Valencia, Editorial Tirant lo blanch.

CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRÉS. (2003). *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*. Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA; HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL; MUERZA ESPARZA, JULIO y TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO. (2002). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. (1984). *Teoría general del proceso*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Universidad.

EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER. (2000). *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid, Editorial Lex Nova.

FLORIAN, EUGENE. (2001). *Elementos del Derecho Procesal Penal*. México, Editorial Jurídica Universitaria.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. (2004). *Tratado de derecho procesal*. Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi.

MAIER, JULIO B.J. (2004). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires, Editores del Puerto.

MONROY GALVEZ, JUAN. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá, Editorial Temis.

MONTERO AROCA, JUAN. "El principio acusatorio entendido como eslogan político". En *Revista Ius et Veritas*. N° 33. Lima, diciembre del 2006.

MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MONTÓN REDONDO, ALBERTO y BARONA VILAR, SILVIA. (2004). *Derecho jurisdiccional*. Tomo III. Valencia, Editorial Tirant lo blanch.

MORENO CATENA, VICTOR; COQUILLAT VICENTE, ANGELA; DE DIEGO DIEZ, ALFREDO; JUANES PECES, ÁNGEL y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, EMILIO. (2000). *El proceso penal*. Tomo III. Valencia, Editorial Tirant lo blanch.

PEYRANO, JORGE. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires, Editorial Astrea.

PEYRANO, JORGE. (2002). "Iura novit curia procesal: La reconducción de postulaciones". En la *Revista de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.

QUINTERO, BEATRIZ y PRIETO, EUGENIO. (2000). *Teoría general del proceso*. Bogotá, Editorial Temis.

ROJJASI PELLA, CARMEN. (1997). *Ejecutorias supremas penales*. Lima, Editorial Legrima.

SALINAS SICCHA, RAMIRO. (2006). *Delitos contra el patrimonio*. Lima, Jurista Editores.

SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. (1978). "Iura novit curia". En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVI. Buenos Aires, Editorial Driskill.

VASQUEZ ROSSI, JORGE EDUARDO. (2004). *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Rubinza-Culzoni.

ANEXO 1

Antecedente jurisprudencial del problema de investigación: Dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema Penal en la consulta N° 84-2005-Lima, de fecha 17 de agosto de 2006.

EXP. N° 84-2005
CONSULTA
SALA PENAL SUPREMA
LIMA

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Se ha remitido a esta Fiscalía Suprema Penal, el presente cuaderno para emitir pronunciamiento respecto a la consulta de la sentencia que corre a fs. 834/848, de fecha 25 de julio del 2005, emitida por la Sala Penal Nacional, en cuanto al extremo que **absuelve a MIGUEL ANGEL CHUCO CONCO**, por el delito de Terrorismo, en agravio del Estado, previsto en los artículos 2 y 3, incisos B y C, del Decreto Ley N° 25475.

De autos se aprecia que en el dictamen que corre a fs. 432/433, el Fiscal Superior formuló acusación contra Miguel Ángel Chuco Conco, por el delito de terrorismo, en agravio del Estado previsto en los artículos 2 y 3, incisos B y C, del Decreto Ley N° 25475, disponiéndose el inicio del juicio oral por estos delitos, conforme se aprecia en el auto de enjuiciamiento que corre a fs. 448. En los debates orales, conforme se aprecia en la sesión del 13 de junio del 2005, cuya acta corre a fs. 765/767, la Sala Penal, al amparo del inciso 2 del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, solicitó la modificación de la calificación jurídica del hecho por la del tipo penal previsto en el artículo 5 del Decreto Ley N° 25475, pedido que fue aceptado por la defensa de Chuco Conco. Asimismo, según se observa en el acta de la sesión de audiencia de fecha 4 de julio del 2005, que corre a fs. 802/806, que el Fiscal Superior en su requisitoria oral, formuló acusación contra dicha persona por este último delito.

La Sala Penal en su sentencia de fs. 834/848, condenó a Miguel Ángel Chuco Conco, por dicha figura delictiva prevista en el artículo 5 del Decreto Ley N° 25475, imponiéndosele once años, once meses y diecinueve días de pena privativa de la libertad, extremo que ha quedado consentido tanto por la Fiscalía Superior como por el referido sentenciado; sin embargo, el órgano superior colegiado también ha fallado por la inicial calificación jurídica propuesta en la acusación fiscal, artículos 2 y 3, incisos B y C, del citado Decreto Ley, absolviendo a Chuco Conco de estos delitos, extremo, éste último, que ha sido elevado en consulta dispuesta en la resolución de fs. 857.

El referido extremo de la sentencia que absuelve a Miguel Angel Chuco Conco, por los delitos previstos en los artículos 2 y 3, incisos B y C, del citado Decreto Ley N° 25475, así como la consulta dispuesta por la Sala Penal, hace necesario anotar lo siguiente:

- 1) Nuestra Constitución Política recoge de manera expresa, en los incisos 2 y 13 del artículo 139, los principios de Cosa Juzgada y Seguridad Jurídica; debe

entenderse que la cosa juzgada constituye un principio general del Derecho que otorga autoridad inamovible a la sentencia o resolución judicial que ha quedado ejecutoriada o consentida; esta institución permite aclarar dos aspectos: la Cosa Juzgada, propiamente dicha, y la Autoridad de Cosa Juzgada; la primera resalta la decisión conclusiva del proceso emanada de una resolución jurisdiccional definitiva; mientras que la segunda, es la fuerza coercitiva, ejecutiva y preclusiva reconocida por la Constitución y la Ley a dicha decisión jurisdiccional, cuyo efecto inmediato es la inmutabilidad del caso decidido, la inadmisibilidad y la prohibición de un nuevo juzgamiento. Esto último, sin embargo, tiene ciertas excepciones, cuando ha sido dictada con fraude o en un proceso irregular que vulnera derechos fundamentales, en cuyo supuesto se permite su modificación a través de cauces extraordinarios legalmente previstos, si no fuera así, se desconocería la cosa juzgada material y por tanto, se lesionaría la paz y la seguridad jurídica (véase al respecto, el párrafo 6 de la sentencia recaída en el exp. N° 1279-2003-HC/TC del 30 de enero del 2004).

- 2) El Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 29 de noviembre del 2005, recaída en el expediente 4587/2004-AA/TC (párrafo 38), también se ha pronunciado sobre la Autoridad de Cosa Juzgada, señalando que ella garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no puedan ser dejadas sin efecto ni modificadas, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó.
- 3) Siguiendo la orientación expuesta en los párrafos precedentes, no cabe adoptar una posición sobre el extremo consultado, pues esta parte resolutive de la sentencia, irregularmente, ha fallado absolviendo a una misma persona y sobre un mismo hecho del que también ha condenado; siendo que esta condena, al haber sido consentida tanto por titular de la acción penal, como por el sentenciado, tiene autoridad de cosa juzgada. Así pues, si se adoptara una posición contraria a éste extremo (la absolución), necesariamente se modificaría la otra parte del fallo (la condena), lo que afectaría su inmutabilidad, vulnerándose la Cosa Juzgada.
- 4) Asimismo, conforme se ha mencionado, el extremo del fallo que absuelve a Miguel Angel Chuco Conco, por los delitos previstos en los artículos 2 y 3, incisos B y C, del citado Decreto Ley N° 25475, ha sido irregularmente emitido, pues se está pronunciando sobre la inicial calificación jurídica que fue desestimada a pedido de la Sala Penal, desestimación que, además, fue aceptada por el sentenciado y por el propio Fiscal Superior, quien la modificó en su acusación oral que aparece a fs. 80/804; por consiguiente, no existía por parte del titular de la acción penal, pretensión punitiva alguna contra Chuco Conco, por tales ilícitos penales.
- 5) Por último, debe indicarse que la modificación de la calificación penal en una sentencia condenatoria, que regula el inciso 2 del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, en tanto se trata de un mismo hecho juzgado y en cuanto

no afecte el principio acusatorio, el principio de contradicción, ni el derecho de defensa, determina los nuevos límites de la sentencia; por ende, el órgano juzgador, sin perjuicio de fundamentar su respectiva decisión, debe fallar ya por la calificación inicial, ya por la calificación posterior, no así por ambas, como en el presente caso, pues podría afectarse la autoridad de la cosa juzgada, conforme se ha expuesto líneas arriba; en todo caso, la calificación jurídica final decidida por el juzgador, puede ser cuestionada por las partes procesales mediante los recursos impugnatorios.

Por tales consideraciones, esta Fiscalía Suprema en lo Penal, OPINA que se declare **NULO** el extremo del fallo de la sentencia de fs. 834/848, que absuelve a Miguel Angel Chuco Conco, por el delito de Terrorismo, en agravio del Estado, previsto en los artículos 2 y 3, incisos B y C, del Decreto Ley N° 25475 y, por consiguiente, **NULO** el extremo de la resolución de fs. 857, que dispone elevarlo en consulta.

Lima, 17 de agosto del 2006.

ANEXO 2

Antecedente jurisprudencial del problema de investigación: Dictamen emitido por la Segunda Fiscalía Suprema Penal en el recurso de nulidad N° 4170-2005-Madre de Dios, de fecha 25 de septiembre de 2006.

EXP. N° 4170-2005
NULIDAD
SALA PENAL SUPREMA
MADRE DE DIOS

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Se ha remitido a esta Fiscalía Suprema Penal, el presente proceso, en mérito al recurso nulidad interpuesto contra la resolución emitida por la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que corre a fs. 241/244, de fecha 2 de octubre del 2005, que declara **fundada la excepción de prescripción** en cuanto al delito adecuado de **Rehusamiento de Entrega de Bienes a la Autoridad**, previsto y sancionado en el artículo 391 del Código Penal, en el proceso seguido contra **PEDRO POMA PERALTA**, en agravio del Estado.

Se aprecia del presente proceso acumulado por resolución de fs. 146, que Pedro Poma Peralta fue nombrado como depositario judicial por el Primer Juzgado Mixto de Tambopata,

del vehículo camión marca Volvo, año de fabricación 1985, conforme se aprecia del acta de fs. 20, y pesar de habersele requerido para que entregue dicho bien, según la resolución de fs. 37, ha hecho caso omiso a esta orden judicial; por este hecho se le abrió instrucción por el delito de Peculado por Extensión previsto en el artículo 387 concordante con el artículo 392 del Código Penal, según se observa en los autos que aparecen a fs. 45 y fs. 36 del expediente que se adjunta.

La Fiscalía Superior a fs. 247, ha impugnado la mencionada sentencia argumentando que la Sala Superior aplicó indebidamente la figura de la determinación alternativa, pues la adecuación del tipo penal, debió realizarla después del juicio oral. Asimismo, la Procuraduría Pública del Estado en su recurso de nulidad de fs. 252, señala que el hecho delictivo cometido por el sentenciado se adecua a lo descrito en los artículos 387 y 392 del Código Penal (Peculado por Extensión); por lo que, la adecuación del tipo penal, hecho por el órgano colegiado, contraviene deliberadamente los principios del debido proceso.

Respecto a los argumentos expuestos por el Fiscal Adjunto Superior en su recurso de fs. 247, debe anotarse lo siguiente:

1. La Fiscalía Superior en su dictamen que aparece a fs. 154/155 acusó a Pedro Poma Peralta, por el delito de Peculado por Extensión, tipificado en el artículo 387 concordante con el artículo 392 del Código Penal, habiéndose emitido el auto de enjuiciamiento a fs. 156; sin embargo, la Sala Penal en su resolución de fs. 241/244, objeto de impugnación, resuelve adecuar el tipo penal del hecho, al previsto en el artículo 391 del código acotado, Rehusamiento de Entrega de Bienes a la Autoridad, declarando fundada la excepción de prescripción solicitada por el procesado en el escrito de fs. 231, por este último delito adecuado.
2. La resolución anotada, ha incurrido en nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, pues en este estadio del proceso no cabe una adecuación del tipo penal, toda vez que ya existía un auto de enjuiciamiento, que es inicio formal del juicio oral, emitido en mérito a una acusación, con una pretensión punitiva por un hecho determinado y con una calificación penal específica; por lo que, la adecuación del tipo penal dispuesto por la Sala Penal, vulnera el principio acusatorio que le reconoce la Constitución Política al Ministerio Público.
3. Asimismo debe agregarse, que el inciso 2 del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, en que se ampara la resolución impugnada, regula la figura de la desvinculación de la acusación, pero atendiendo a su propia naturaleza, esta desvinculación se concreta en la sentencia y siempre que en el juicio oral que la precedió, se hubieran cumplido con los presupuestos que regula dicha norma procesal; en consecuencia es irregular la adecuación del tipo realizada por la Sala Penal.

Referente a lo señalado por la Procuraduría Pública del Estado, es de mencionarse lo siguiente:

4. Si bien la sentencia vinculante del 13 de enero del 2005, en que se sustenta la resolución impugnada, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (R.N. N° 2212-04) hace una distinción entre el delito de

Rehusamiento a la Entrega de Bienes a la Autoridad (artículo 391 del Código Penal) y el delito de Peculado Por Extensión (artículo 389 concordante con el artículo 392 del Código Penal); sin embargo, ésta resulta ser incompleta, por lo que, es necesario realizar algunas precisiones:

- a) Efectivamente, como se anota en la citada sentencia, en el caso del delito de Peculado Por Extensión la conducta del sujeto consiste en “apropiarse” y “utilizar”, teniendo un ánimo *rem sibi habendi*, es decir, el agente quiere adueñarse o servirse de la cosa sabiendo que le pertenece a otra persona. Este ánimo no existe en el caso del delito de Rehusamiento a la Entrega de Bienes a la Autoridad, donde la una conducta típica consiste en una “omisión” del agente, de no querer entregar el bien a la autoridad que lo requiere.
 - b) Esta omisión de entregar el bien, en el caso de este último delito, implica que agente aún tiene en su poder el bien, pero desobedece la orden de la autoridad que lo requiere. Asimismo, este requerimiento previo de la autoridad, en el caso de este último delito, constituye un elemento típico que debe verificarse a efecto poder configurar el hecho dentro de este tipo penal. Sin embargo, debe agregarse, que en un caso concreto, la existencia de este requerimiento, no conlleva a afirmar necesariamente, que se trata de un delito de Rehusamiento a la Entrega de Bienes a la Autoridad.
 - c) Así pues conforme a lo anotado en párrafo anterior, es de suponerse que el requerimiento de la autoridad, pudo haberse producido después de la apropiación o utilización del bien depositado, por parte del agente; en cuyo supuesto, la entrega del bien no se produce, simplemente, porque el agente ya no lo tiene en su poder; lo cual configuraría delito de Peculado Por Extensión, a pesar de la existencia del requerimiento de la autoridad.
 - d) Sobre esto último debe anotarse que el depósito y la custodia que se describen en ambos tipos penales, obliga al depositario, simplemente, a cuidar del bien y a devolverlo cuando se lo soliciten; en tanto que la administración, que también como elementos requiere la configuración de dichos tipos penales, conlleva realizar una serie de actos relacionados solo al uso y disfrute del bien, en beneficio del propietario del bien o de un tercero.
 - e) Estando a lo expuesto, resulta necesario, realizar un análisis y una adecuada valoración de las circunstancias precedentes y concurrentes del hecho delictivo, en cada caso concreto, a efecto de determinar si existe delito de Peculado Por extensión o Rehusamiento a la Entrega de Bienes; y no así debe concluirse por este último, únicamente por el mérito de la existencia del requerimiento de la autoridad.
5. Por consiguiente debe realizarse el juicio oral contra Pedro Poma Peralta; debiéndose en esta etapa procesal determinar, conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores, la comisión del hecho delictivo que se le atribuye, su adecuada calificación, que no vulnere derechos ni garantías procesales constitucionales, así como el grado de responsabilidad penal.

Estando a las consideraciones antes anotadas, esta Fiscalía Suprema Penal, OPINA que se declara **NULA** la resolución de fs. 241/244; debiendo ordenarse que se realice el juicio oral contra Pedro Poma Peralta, donde además deberá resolverse las excepciones formuladas a fs. 231.

Lima, 25 de septiembre del 2006.

ANEXO 3

Jurisprudencia comparada relacionada al iura novit curia: Sentencia N° 06, de la Corte de Apelaciones del Estado de Portuguesa de Venezuela, del 17 de febrero de 2006.

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

CORTE DE APELACIONES DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL
DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO PORTUGUESA
GUANARE

Guanare, 17 de febrero de 2006

195° y 146°

N° 06

Corresponde a esta Corte de Apelaciones en Sala Accidental del Circuito Judicial Penal del Estado Portuguesa, conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano JOSÉ GREGORIO MARRERO CAMACHO, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad número: 8.569.407, y domiciliado en la ciudad de Acarigua del estado Portuguesa, debidamente asistido por la abogada MIRELL MEA, titular de la Cédula de Identidad N° 10.138.605, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N°. 49.784, contra el auto de fecha 02 de Junio del 2005 emanado del Tribunal de Control N° 4 del Circuito Judicial Penal del estado Portuguesa, extensión Acarigua, en la cual ordena se corrija la acusación o la adapte conforme los delitos por los cuales se ordenó la apertura al Juicio Oral y Público, esto es, por los delitos de lesiones intencionales y prohibición de hacerse justicia por su propia mano, implantando un plazo concluyente de 15 días continuos que terminantemente vencen el 17 de junio del 2005.

Recibidas las actuaciones en esta alzada se le dio entrada, se designó ponente al Juez de Apelación, Abogado JOEL ANTONIO RIVERO.

En fecha 10 de octubre de 2005, el abogado JOEL ANTONIO RIVERO, con el carácter de Juez de la Corte de Apelaciones de esta Instancia Superior, señaló que con anterioridad a la

presente causa se había inhibido (Expediente N° 2251-04) por lo que se remitió lo conducente para la designación de un Juez Suplente.

Designado en fecha 30 de agosto del 2004, por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, el Abogado ÁLVARO EDMUNDO ROJAS RODRÍGUEZ, Juez Accidental para conocer de la presente causa, por auto de fecha 16 de noviembre del 2005, aceptó el cargo y prestó el juramento de ley, quedando constituida la Sala accidental en esta misma fecha, reasignándose la ponencia al Juez Accidental designado, quien entra al conocimiento de la presente causa.

En fecha 13 de febrero del 2006, la Sala accidental de esta Corte de Apelaciones ADMITIÓ el recurso de apelación interpuesto por el abogado JOSÉ GREGORIO MARRERO en fecha 9 de junio del 2005 contra el auto de fecha 2 de junio del 2005 emanado del Tribunal de Control N° 4 de este Circuito Judicial, extensión Acarigua, pasando en consecuencia a decidir sobre la procedencia o no del recurso de conformidad con el primer aparte del artículo 450 del Código Orgánico Procesal Penal.

En fecha 2 de junio del 2005 se realizó Audiencia Preliminar ante el Tribunal del Control N° 4 del Circuito Judicial Penal del estado Portuguesa, ordenada por decisión de esta Corte de Apelaciones de este Circuito Judicial Penal en fecha 24 de agosto del 2004, a los efectos de que se realice la misma y que exista pronunciamiento sobre la admisión o no, de la Acusación personal propia intentada por la víctima ciudadano JOSÉ GREGORIO MARRERO, en el asunto penal seguido contra el ciudadano RAFAEL DE LIMA ABRAHAM, titular de la cédula de identidad N° 2.143.499; de oficio Médico Cirujano, Venezolano, natural de Churuguara Estado falcón, de 62 años de edad, fecha de nacimiento 06 de noviembre del 1941, de estado civil divorciado, de profesión médico, residenciado en la Granja Escorpión vía Boca de Monte frente a la manga de coleo de Acarigua, hijo de Eugenio Felipe De Lima Ballesteros y Luz del Carmen Abraham Valdivia de De Lima, en la cual imputaba la comisión de los delitos de HOMICIDIO INTENCIONAL EN GRADO DE TENTATIVA, y PROHIBICIÓN DE HACERSE JUSTICIA POR SU PROPIA MANO, previstos y sancionados en los artículos 407, primer aparte del 80 y 271 todos del Código Penal respectivamente y vigente para el momento.

En esa fecha 2 de junio de 2005, el Tribunal de Control N° 4 dictó auto en el cual ordenaba subsanar la referida acusación privada, por las siguientes consideraciones: "TERCERO: En cuanto al alegato de admisión de la acusación planteado por la víctima; como el de desestimación de la Acusación Particular Propia de la víctima, establecido por la defensa, y el cual fue explicado palmariamente por sus exponentes, considera quien juzga, que la mayoría de tales argumentos corresponden a elementos de convicción que devienen del análisis detallado de los medios probatorios aportados; siendo que por interpretación estricta de las normas que regulan a esta audiencia, a la sazón, la audiencia preliminar; es forzoso concluir que corresponden a valoraciones que del juicio oral y público, lejos *ope legis* de que puedan tenerse o valorarse en su contenido por este *a quo* en esta audiencia. En tal sentido, el valor de las exposiciones, si bien realizadas en ánimo de ilustrar al Juez sobre los pormenores de cada posición de las partes; obran por inútiles en esta audiencia, de donde lo trascendente es la determinación de los elementos de convicción y fundamentos del escrito de acusación particular propia presentado por la víctima, cumple o no con los requisitos taxativos y esenciales contenidos en la norma del artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal. En tal sentido, el primer interesado en su admisión como lo es la exposición de la víctima, se limitó a realizar una ratificación de su escrito consignado, con el cual pretende hacer valer sus derechos; empero nada atribuye a los elementos *in comento*. Plantea una vaguedad de criterios

que tiene que ver con la forma en cómo ocurren los hechos, cuestión por demás debatida y decidida por este *a quo* en decisión antes citada de fecha 11 de mayo del 2004. Por otra parte, la defensa técnica, igualmente incurre en el defecto de determinación de la pretensión, cuando divaga entre conceptos de carácter criminalístico y de experticia médico forense; pero que en esta fase procesal no pueden ser valorados, visto que los mismos se coligen de los medios probatorios, los cuales, verbigracia, ya han sido admitidos. Salvo en dos aspectos, la defensa esgrimió argumentación relevante en este particular: una cuando evidencia el incumplimiento de lo establecido en el artículo 326.2, *eiusdem*; planteando que la acusación particular propia se presenta con argumentos que no son serios y carentes de verdad, pero nada aporta que no sean valoraciones probatorias sobre los hechos, y es allí donde incurre en la falta anotada y resaltada por este *a quo*, por cuanto invaden el decoro de los planteamientos de la víctima. Verbigratia, llamar "payasadas" a las argumentaciones de la otra parte, es peyorativo y ofensivo para quien la recibe. En otro momento, la defensa atiende al criterio de que admitir un escrito de acusación como el planteado por la víctima, conllevaría a un error inexcusable del conocimiento del derecho. A la sazón plantea que quien conoce de derecho es el Juez, y éste debe aplicarlo. Yerra en este particular, por cuanto en la nueva concepción del proceso penal establecida por la doctrina del maestro Alberto Binder, Sergio Brawm, Jacob Günter, entre otros, amén de las innumerables decisiones del Tribunal Supremo de Justicia; el principio invocado del *iura novit curia*, pierde vigencia en el contexto del proceso acusatorio; se invierte la carga del conocimiento en aras de una Justicia transparente e imparcial; es el abogado y las partes quienes traen conocimiento al Juez, para que éste en su sana crítica y máximas de experiencia imparta justicia. De suyo entonces, los planteamientos para virtuar una y otra posición, NO HAN TOMADO EN CONSIDERACIÓN la decisión establecida mediante resolución razonada de este *a quo* tantas veces citada, en fecha 11 de mayo del 2004, en la cual se abrió a juicio la presente causa, se admitió parcialmente la Acusación del Ministerio Público y como corolario a tal admisión, se cambió la calificación provisional de los delitos imputados. (subrayado del Juez) En tal sentido, y tal como se dejó establecido *ab initio*, este *a quo* en este momento NO PUEDE VARIAR EL CONTENIDO DE SU DECISIÓN LA CUAL ES DEFINITIVAMENTE FIRME POR CUANTO CONTRA ESTA NO SE EJERCIÓ RECURSO ALGUNO, a excepción del realizado por la víctima, respecto de la negativa a la admisión de su acusación privada; entendiendo quien aquí juzga, que en tales circunstancias, y debido a la establecido por el *add quem* (sic) a los efectos de que se fije posición respecto de la admisión o no de tal acusación de la víctima, NADA PUEDE HACERSE EN ESTA AUDIENCIA, ya que del análisis de los alegatos planteados se observa que tal Acusación Particular Propia, se refiere a delitos que fueron desvirtuados en la citada decisión de este *a quo*, siendo que en ninguna manera puede volver a decidirse sobre lo ya decidido, (*non bis in idem*), de suerte que huelga por necesario que tal escrito de ACUSACIÓN PARTICULAR PROPIA deba adaptarse a los requerimientos de los delitos que van a ser objeto del debate oral y público; ya que interpretar lo contrario, sería establecer una carga de indefensión al imputado; ora por que al admitir los delitos de la acusación particular propia tal cual han sido presentados, obraría en retrotraer al estado inicial la acusación del Ministerio Público; ora porque admitir todos los delitos, es decir los de la calificación provisional hecha por este *a quo* y los de la acusación particular propia, implicaría invadir una competencia exclusiva del MINISTERIO PUBLICO, la cual es ejercer la acción penal por los delitos que ocurran. En tales consideraciones, lo ajustado a derecho, es ordenar que la ACUSACIÓN PARTICULAR PROPIA, SEA CORREGIDA O ADAPTADA CONFORME A LOS DELITOS POR LOS CUALES SE ORDENÓ EL ABRIR EL JUICIO ORAL Y PUBLICO; esto es, por los delitos de LESIONES INTENCIONALES y PROHIBICIÓN DE HECERSE (sic) JUSTICIA POR SU PROPIA MANO, previstos y sancionados en los artículos 418 y 271 del Código Penal.

Es por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 330.1 del Código Orgánico Procesal Penal, se ordena la corrección del escrito de acusación particular propia de la víctima, a los efectos de proceder a su admisión o no, para lo cual se fija un lapso de 15 días continuos para su presentación los cuales vencen el 17 de junio del 2005; dada la dificultad y extensión de las actas procesales que comportan la presente causa. Así se decide.

En fecha 09 de junio del 2005, el ciudadano JOSÉ GREGORIO MARRERO apeló de la decisión anterior fundándose en los siguientes hechos:

“Esto es, el sentenciador ha condicionado limitadamente a la intervención de la víctima a actuar en el proceso, solo en aquellas actuaciones respecto de las cuales la Ley le otorgó participación, desaprobando su posibilidad e intención de hacerse parte formal en el mismo, habiendo presentado acusación particular propia ceñida a los requisitos exigidos por la Ley –artículo 326 COPP- dentro de los cinco días siguientes a su notificación de la convocatoria a la audiencia preliminar.

Así las cosas, la víctima que ostenta la condición de parte querellante para dicha oportunidad - fase intermedia- debe presentar acusación particular propia a fin de mantener posiciones de hecho y de derecho distintas a la acusación fiscal. En tal sentido, presupone de parte del Juez de Control, la previa verificación del cumplimiento de los requisitos que dispone el artículo 294 del Código Orgánico Procesal Penal de conformidad con el artículo 296 del mismo código, con todas las cargas y derechos que dicha cualidad implica.

Igualmente, a criterio de quien recurre, el juez de mérito, decidió contrariando la jurisprudencia del Tribunal Suprema de Justicia como también lo ordenado por la mentada Corte de Apelaciones, alterando el problema judicial. Ya resueltos todos aquellos aspectos que rodean esa petición de la víctima, como lo sería por ejemplo, los alegatos de la defensa del imputado y del Ministerio Público, la acusación particular propia es admisible verificados como se dijo los extremos del art. 294, siendo el único obstáculo posible que la acción sea contraria a derecho o al orden público.

En todo caso, se constatan las infracciones a la Ley, cuando el Juez de Control de la recurrida cercena el abanico de posibilidades de acceso a la justicia y defensa para la víctima en sus derechos fundamentales de forma gratuita, expedita, sin dilaciones indebidas o formalismos inútiles (ver Art.26, 49, 257 de CRBV y 23 del COOP), relacionando el asunto como si se tratara de una excepción como un obstáculo al ejercicio de la acción penal y supliendo argumentos o excepciones no alegadas por una de las partes; pues, si era del caso particular, disentir de la calificación jurídica esgrimida por la víctima en su acusación particular propia, la cuestión no se trataba en condicionar el acceso a la justicia de un justiciable, al ordenarle corregir o adaptar su interés privado respecto a la persecución penal inadmitiéndole su acción; ya que de conformidad con el aforismo *iura novit curia*, el juez no está atado a las calificaciones jurídicas que hagan las partes ni a las omisiones de las mismas, por cuanto él aplica o desaplica el derecho *ex officio*. De ser el caso, el tribunal de control debe señalar entre otros aspectos, las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación fiscal y de la acusación particular propia, de lo contrario estará menoscabando la real posibilidad de petición.

Con lo cual se puede concluir, que la exigencia impuesta por el sentenciador en los términos que prescribe su dispositiva, hace que la misma sea nula por mandato constitucional, es decir, luce evidente la extralimitación del Juez de Control, toda vez que del artículo 333 del citado Código Orgánico Procesal Penal no se desprende que el Juez de Control esté facultado

legalmente para ordenar (corregir- adecuarla a la otra calificación) modificar el contenido de la acusación presentada por el Ministerio Público o por la víctima, ni mucho menos imputar la comisión de un hecho punible a un sujeto que no forma parte del proceso."

II

Para decidir el presente recurso debe establecer *ab initio* esta Corte de Apelaciones el alcance de las disposiciones adjetiva penal prevista en los dispositivos 330.1 y 330.2 que establecen:

"Artículo 330. Decisión. Finalizada la audiencia el Juez resolverá, en presencia de las partes, sobre las cuestiones siguientes, según corresponda:

"1. En caso de existir un defecto de forma en la acusación del Fiscal o del querellante, estos podrán subsanarlo de inmediato o en la misma audiencia, pudiendo solicitar que ésta se suspenda, en caso necesario, para continuarla dentro del menor lapso posible; 2. Admitir, total o parcialmente, la acusación del Ministerio Público o del querellante y ordenar la apertura a juicio, pudiendo el Juez atribuirle a los hechos una calificación jurídica provisional distinta a la de la acusación Fiscal o de la víctima;..."

De las anteriores dispositivos legales se podrá establecer, después de una interpretación del alcance de los mismos, si el *a quo* tenía posibilidades de ordenar la subsanación de la acusación particular propia de la víctima y ordenar que la adaptara a la calificación jurídica que previamente había ordenado otro Juez con relación a la acusación presentada por la Fiscalía Primera del Ministerio Público, o por el contrario, al hacerlo, tal como lo plantea el recurrente violenta el debido proceso.

Comparte quienes aquí deciden, que la Audiencia Preliminar que le correspondió practicar al Juez a cargo del Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control Nº 4 era *sui generis* ya que únicamente le correspondía pronunciarse sobre la admisión o no de la acusación particular propia presentada por el ciudadano JOSÉ GREGORIO MARRERO, y en la cual ya existía un pronunciamiento sobre la calificación presentada en el mismo caso por la Fiscalía del Ministerio Público en la cual fue cambiada la calificación jurídica que ella traía en su acusación.

Nótese que las normas 330.1 y 330.2 del texto adjetivo penal citada supra señalan dos posibilidades en la resolución de una Audiencia Preliminar, por un lado, la orden de subsanar la acusación del Fiscal y querellante con base a defectos de forma y la otra, admitir o no la acusación de los precitados sujetos procesales con la posibilidad de cambiar provisionalmente la calificación jurídica.

De lo anterior se colige que, en lo relativo a la calificación jurídica le corresponde pronunciarse y señalarla al Juez en virtud del principio *iura novita curia* y del ejercicio de la jurisdicción, correspondiendo a las partes y al Fiscal traer los hechos al proceso con los elementos de convicción que los fundamente, lo que lleva por interpretación en contrario a concluirse, que no se puede ordenar al Fiscal o al querellante cambiar la calificación jurídica en sus respectivos escritos acusatorios ya que en tal caso se limitaría la pretensión de las partes.

Como argumento de autoridad, nos permitimos citar la decisión de fecha 13 de abril del 2005 emanada de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia que señala: "La Sala de Casación Penal considera, que el artículo 330 numeral 2 del Código Orgánico

Procesal Penal, es claro y directo y, por medio de esta disposición jurídica se faculta al juez para modificar la calificación jurídica de los hecho objeto del proceso, cuando lo considere y en razón y a la vista de los hechos y el derecho que aparecen en el proceso y esta calificación es provisional en razón de que puede variar en el juicio oral. Todo esto va acorde con el principio del control jurisdiccional que inviste al juez, quien es el rector en el proceso penal y por ende actúa como regulador del ejercicio de la acción penal”.

De aceptarse la tesis contraria a la expuesta en el párrafo anterior, tendríamos el absurdo que las partes al cumplir con la orden de subsanación y concluirse el proceso con la calificación jurídica con base a la última calificación modificada por el Fiscal o querellante en acatamiento a la orden de subsanación por parte del Juez, limitaría la posibilidad recursiva, ya que tales sujetos no tendrían agravio (Art. 436 COPP) si la decisión que concluyó el proceso se basa en dicha calificación subsanada ya que ésta no les sería desfavorable.

Téngase en cuenta que aquí no impera el argumento a *fortiori* que señala “quien puede lo más puede lo menos” ya que si bien es cierto el Juez de Control tiene entre sus atribuciones cambiar la calificación jurídica por las consideraciones ya expuesta, no menos cierto es que, no puede ordenar que las partes lo hagan ya que esa circunstancia no es un defecto de forma de la acusación sino de fondo.

Todo lo anterior lleva a concluir que el Juez de Primera Instancia en funciones de Control N° 4 del Circuito Judicial Penal del Estado Portuguesa, violentó el debido proceso al ordenar a la víctima que subsanara su acusación particular propia y adaptase su pretensión (calificación jurídica) a la que previamente había sido modificada por otro juez con relación a la acusación del Fiscal y fijarle un lapso preclusivo de 15 días continuos, ya que al hacerlo limita su acceso a la justicia y lo conmina a cumplir actos no previstos en el texto adjetivo penal.

Como consecuencia de la declaratoria que precede ha de revocarse la decisión dictada por el *a quo* en fecha 2 de junio del 2005 que ordenó a la víctima SUBSANAR su acusación particular propia y cambiar a la calificación jurídica a otra que previamente había señalado otro Juez de Control. Así se decide.

DISPOSITIVA

Por tales razones, esta Corte de Apelaciones constituida en Sala Accidental del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, dicta los siguientes pronunciamientos: PRIMERO: Declara CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano JOSÉ GREGORIO MARRERO, en su carácter de víctima en la presente causa, debidamente asistido por la abogada MIRELL MEA, contra el auto de fecha 2 de junio del 2005 emanado del Tribunal Cuarto de Primera Instancia Penal en funciones de Control de este Circuito Judicial Penal, donde se ordenó que la ACUSACIÓN PARTICULAR PROPIA, sea corregida o adaptada conforme a los delitos por los cuales se ordenó el abrir el juicio oral y publico; esto es, por los delitos de LESIONES INTENCIONALES y PROHIBICIÓN DE HACERSE JUSTICIA POR SU PROPIA MANO, previstos y sancionados en los artículos 418 y 271 del Código Penal; SEGUNDO: Se ordena realizar una nueva Audiencia para analizar

la admisibilidad o no de la acusación particular propia presentada por el ciudadano JOSÉ GREGORIO MARRERO en los mismos términos como había sido ordenada en fecha 24 de agosto del 2004 por esta Instancia Superior sin incurrir el *a quo* en el vicio procesal observado en esta decisión.

Regístrese, publíquese, notifíquese, déjese copia y remítase en su oportunidad.
El Juez de Apelación Presidente de la Sala Accidental, Moraima Look Roomer
El Juez de Apelación, Clemencia Palencia García, el Juez de Apelación Accidental Álvaro Edmundo Rojas

PONENTE

El Secretario Guiseppe Pagliocca
Seguidamente se cumplió lo ordenado en autos.
Conste. El Secretario

ANEXO 4

Jurisprudencia comparada relacionada al *iura novit curia*: Sentencia N° 272-CAS-2005, de la Sala Penal de la Corte Suprema de San Salvador, del 14 de noviembre del 2005.

272-CAS-2005

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; San Salvador, a las diez horas del día catorce de noviembre de dos mil cinco.

Esta Sala conoce del recurso de casación interpuesto por el Licenciado **MANUEL DE JESÚS PALACIOS**, contra la sentencia condenatoria pronunciada a las catorce horas del día veinte de mayo del presente año, por el Tribunal Segundo de Sentencia de esta Ciudad; en el proceso penal instruido contra **ROBERTO CARLOS MEJÍA CHÁVEZ**, a quien se le atribuyó la comisión del ilícito penal calificado definitivamente como **VIOLACIÓN AGRAVADA**, contemplado en el art. 162 en relación con el art. 158, ambos del Código Penal, en perjuicio de la libertad sexual de la menor *****.

Previo a realizar el estudio de fondo, esto es, si concurren los vicios alegados, debemos examinar si el escrito impugnativo cumple las formalidades legales que establecen

los artículos 406, 407 y 423 del Código Procesal Penal. Así pues, con fecha treinta y uno de mayo del corriente año, fue presentado por parte del recurrente, en su calidad de defensor particular, el libelo que denuncia la existencia de dos yerros que a su criterio, invalidarían la sentencia de mérito correspondientes a: I. La motivación insuficiente de tal pronunciamiento, regulado en el art. 362 num. 4 del Código Procesal Penal y II. Inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio, art. 362 num. 8 del mismo cuerpo de leyes. Para el presente caso, si bien es cierto, el medio recursivo se ha interpuesto, respetando la condición temporal, así como de impugnabilidad objetiva y subjetiva, es precisamente en la fundamentación de este primer vicio alegado, que se evidencia una mera inconformidad con la ponderación de las pruebas que desfilaron en vista pública, pues claramente expone el recurrente: **“En el presente caso lo que falta es el requisito de la motivación de la sentencia y este es el caso que no se ha hecho algunas valoraciones en contra del señor Roberto Carlos Mejía Chávez, ustedes han expresado los motivos de hecho y de derecho (...)Tomándole importancia a lo manifestado por la supuesta víctima *****, versión que no ha sido reformada por otro medio de prueba(..) en ese orden, solicito como solución al presente caso que se excluyan o supriman hipotéticamente los argumentos contrapuestos en dicha resolución que se observan...”** (sic. Subrayado es observación de esta Sala). Vemos pues, que su exposición no solamente es oscura, sino también contradictoria, por cuanto que al reconocer que se han expresado “los motivos de hecho y de derecho” dentro de la sentencia de mérito, resultaría como consecuencia inmediata de ello, que ésta no se encuentra desprovista de motivación, ya que a tenor del art. 130 del Código Procesal Penal: “La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.” Entonces, en razón que su reclamo no conforma un agravio del cual tenga competencia esta Sala para ocuparse y pronunciarse al respecto, ya que –repitiendo- la mera inconformidad respecto de la valoración de los elementos probatorios no corresponde a un yerro de naturaleza jurídica, por el contrario, tal desacuerdo está referido a circunstancias producidas por la inmediación y contradicción de las evidencias, no así a la racionalidad de los pensamientos, no puede existir conocimiento y análisis del mismo.

En consecuencia, **DECLÁRASE INADMISIBLE** el primer motivo de casación, atinente a la MOTIVACIÓN INSUFICIENTE DE LA SENTENCIA DE MÉRITO.

Por otra parte, al haber sido presentado respetando las formalidades que ordenan los art. 407 y 423, ambos del Código Procesal Penal, admítase y decídase en sentencia únicamente el motivo correspondiente a la INOBSERVANCIA DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA CONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA, LA ACUSACIÓN Y EL AUTO DE APERTURA A JUICIO, contenida en el art. 362 num. 8 del Código Procesal Penal.

RESULTANDO:

- I. Que mediante la sentencia definitiva, se resolvió: **“POR TANTO:** Con fundamento en el voto unánime, las razones expuestas y los artículos 11, 12, 15, 75 numeral 2, 172 y 181 de la Constitución de la República; 8.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 1, 62, 63, 64, 115 numeral 2 y 162 número uno del Código Penal; 53 inciso

primero, 130, 162, 330, 354, 356, 357 y 361 del Código Procesal Penal; **A NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, FALLAMOS:** a) **CONDÉNASE** al imputado **ROBERTO CARLOS MEJÍA CHÁVEZ**, de generales expresadas en el preámbulo de esta Sentencia, a cumplir la pena de **DOCE AÑOS DE PRISIÓN**, por el delito de **VIOLACIÓN AGRAVADA**, en perjuicio de la menor *****; b) **CONDÉNASELE** por igual tiempo a la pérdida de los derechos de ciudadano como pena accesoria; c) Continúe el imputado en referencia en la detención en que se encuentra, para el cumplimiento de la pena impuesta, por lo que deberá ser trasladado a la Penitenciaría Central La Esperanza; d) A efecto de fijar con precisión la fecha exacta en que la pena finalizará y tomando en cuenta que dicho imputado fue detenido el día diecisiete de octubre del dos mil tres, la pena total de doce años de prisión la cumplirá el día diecisiete de octubre del dos mil quince; e) **CONDÉNASE** al imputado **ROBERTO CARLOS MEJÍA CHÁVEZ**, al pago de la responsabilidad civil, debiendo entregar a la víctima la cantidad de **MIL DÓLARES EXACTOS.**”

- II. Inconforme con la resolución emitida, el Licenciado **MANUEL DE JESÚS PALACIOS**, actuando en calidad de defensor particular del imputado, interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada, alegando el siguiente motivo: “Defecto que habilita la casación establecido en el artículo 362 numeral 8 del Código Procesal Penal. La representación fiscal a través de la Fiscal acreditada al proceso requirió por Violación Agravada, en audiencia preliminar solicitó cambio de calificación del delito de Violación Agravada, al de Estupro –accediendo la señora Juez- pero es el caso que en vista pública nuevamente salcita [solicita] al Tribunal colegiado segundo de sentencia cambio de calificación jurídica del delito de estupro al de Violación Agravada, accediendo los jueces del Tribunal sentenciador condenarlo a doce años a dicho imputado, situación que para el suscrito defensor si hubiera delito que perseguir sería el de estupro y no de violación agravada”. (sic).
- III. Según lo establecido por el art. 426 del Código Procesal Penal, fueron emplazados los Licenciados **MARÍA LUISA ALVARADO DE ORANTES** y **MARIO EDUARDO MARROQUÍN ARIAS**, agentes auxiliares del Fiscal General de la República, a fin de pronunciarse respecto del medio impugnativo interpuesto por el defensor particular, quien al utilizar su derecho de respuesta solicitaron que el recurso de casación interpuesto sea declarado inadmisibles por no cumplir con los presupuestos formales que la ley exige.

CONSIDERACIONES DE ESTA SALA.

El impetrante en la justificación de este motivo, reclama que se han transgredido las reglas de congruencia, por cuanto que en el auto de apertura a juicio el delito se calificó provisionalmente como Estupro, y en la sentencia de mérito, se condenó al imputado por el delito de Violación Agravada.

Al efecto, la regla de congruencia, contenida en el art. 359 del Código Procesal Penal, supone que lo es con relación al hecho que se investiga, el que, deberá quedar invariable o inalterable dentro de todo el proceso, de manera tal que la teoría fáctica contenida en la acusación aceptada por el juez respectivo –que limita tanto el objeto del juicio como el contenido de la sentencia- se mantenga desde el auto de apertura a juicio, hasta la sentencia y la decisión que en ésta se plasme.

Concretamente, vemos que el acontecimiento histórico en el caso sub-examine, ha guardado la debida concatenación entre los diferentes pronunciamientos dados por los jueces, de manera tal, que el debate durante la vista pública se refirió únicamente a los hechos formulados en la acusación, admitidos por el juez instructor de la causa al dictar auto de apertura a juicio y fijados en la sentencia de mérito. Si bien es cierto, en este interín existió un cambio de calificación jurídica al delito de Estupro –aclarando que no fue a petición de la representación fiscal, como señala el recurrente, sino por iniciativa propia del juez instructor en atención a los elementos de convicción recolectados hasta esa etapa procesal- la cual fue nuevamente modificada en vista pública, quedando finalmente subsumida la conducta desplegada por el imputado al ilícito de VIOLACIÓN AGRAVADA, tal facultad es posible si se vale del principio *iura novit curia*, por cuanto que el Tribunal, efectivamente podrá variar la calificación del delito, sin que ello provoque un perjuicio en el derecho de defensa, dado que no se estuvo ante la presencia de una acusación sorpresiva o incluso una condena por delito más grave por el cual fue objeto de acusación, pues tal como se observa en el acápite del dictamen fiscal acusatorio, la calificación jurídica correspondió al delito de VIOLACIÓN AGRAVADA, siendo además realizada toda la actividad procesal sobre la base de la misma.

Entonces, alegar que se ha quebrantado el Principio de Congruencia, para el presente caso, no es válido, ya que el acontecimiento histórico nunca fue vulnerado, sino que –repetimos- la calificación legal del tipo penal varió en atención al principio *iura novit curia*, pues a partir de los elementos objetivos y subjetivos de la conducta delictiva, así como del relato expuesto por la víctima, no existía otra posibilidad jurídica que adecuarlos al delito por el cual fue condenado en sentencia el señor **ROBERTO CARLOS MEJÍA CHÁVEZ**.

POR TANTO: Con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas y art. 1, 4, 6, 27 número 2, 29 número 2, 62 y 64 del Código Penal; art. 130, 406, 407, 413, 421, 422 y 427 del Código Procesal Penal, a nombre de la República de El Salvador, esta Sala **FALLA:**

1. **DECLÁRASE NO HA LUGAR A CASAR** la sentencia de mérito mediante la cual condena a **ROBERTO CARLOS MEJÍA CHÁVEZ**, a quien se le atribuyó la comisión del ilícito penal calificado definitivamente como **VIOLACIÓN AGRAVADA**, contemplado en el art. 162 en relación con el art. 158, ambos del Código Penal, en perjuicio de la libertad sexual de la menor *****.
 2. **REMÍTASE** el presente proceso al tribunal de origen, para los efectos legales consiguientes
- F. LOPEZ ARGUETA-----J. N. CASTANEDA S.-----GUSTAVO E. VEGA-----**
---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
-RUBRICADAS-----ILEGIBLE.

ANEXO 5

Jurisprudencia comparada relacionada al *iura novit curia*: Sentencia N° 24, de la Corte Suprema de Managua, Nicaragua, del 30 de junio del 2004.

SENTENCIA No. 24

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL.- Managua, treinta de Junio del año dos mil cuatro.- Las diez de la mañana.

VISTOS, RESULTA:

I

En el ejercicio de la acción penal el Ministerio Público, durante Audiencia Preliminar celebrada el dieciocho de abril del año dos mil tres, ante el Juzgado Octavo de Distrito Penal de Managua, presentó escrito acusatorio en contra de los señores Róger Andrés Law Chávez, Róger Andrés Law Castillo e Iván Ignacio Castellón Uceda, imputándoles la autoría del delito de Transporte Ilegal de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas, como calificación provisional, en perjuicio de la Salud Pública, calificación jurídica que en la misma audiencia fue reformulada por la representante de la Fiscalía a Tráfico Interno de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas, la cual fue incluida en el Auto de remisión a juicio el veinticuatro de abril del año dos mil tres. Que el treinta de junio del mismo año, a las once y veinticinco minutos de la mañana, se inició la Audiencia de Juicio Oral y Público en la cual la representante del Ministerio Público en sus alegatos iniciales recalificó, nuevamente, los hechos como un delito de Transporte Ilegal de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas, a como corre visible en el reverso del folio 90, comprobable con la grabación. Que mediante sentencia No. 46 dictada a las ocho de la mañana del dieciséis de julio del año dos mil tres, la juez del Octavo Distrito Penal de Managua declaró a los acusados Róger Andrés Law Chávez, Róger Andrés Law Castillo e Iván Ignacio Castellón Uceda, autores responsables del delito de Transporte Ilegal, imponiéndoles una pena de 12 años de presidio al primero y una pena de 10 años de presidio a los dos últimos.

II

Que contra la sentencia condenatoria, el Licenciado Pánfilo José Orozco Izaguirre en defensa de los tres acusados, interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, a través de auto del once de agosto del dos mil tres. Posteriormente, el diez de septiembre del mismo año, se celebró audiencia pública a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto, en la cual el representante del Ministerio Público manifestó, conforme el principio de objetividad que rige al órgano acusador, que no existen suficientes elementos de convicción para sostener la participación del señor Róger Andrés Law Chávez en los hechos

acusados. El Honorable Tribunal de Apelaciones de Managua, Sala Penal Número Dos, a las tres y cinco minutos de la tarde del catorce de octubre del año dos mil tres, dictó sentencia declarando no culpable a Róger Andrés Law Chávez por el delito de “Transporte Ilegal de Estupefacientes...”, y confirmado en sus demás extremos la sentencia recurrida.

III

Que inconforme con el fallo, con respecto a los procesados Róger Andrés Law Castillo e Iván Ignacio Castellón Uceda, el Licenciado Pánfilo José Orozco Izaguirre, interpuso recurso de casación amparado en un motivo de forma y dos motivos de fondo, conforme el artículo 387 y 388 del Código Procesal Penal, respectivamente. En el único motivo por la forma el recurrente, invoca las tres primeras causales contenidas en dicha norma. En tanto, se inobservan los artículos 15, 163 numeral 1 y 274 del Código Procesal Penal, por haberse provocado la indefensión de los procesados al rechazarse, por parte de la autoridad judicial, a tres testigos de descargo ofrecidos por la defensa en tiempo y forma. Como primer motivo de fondo, el recurrente invoca la causal 2ª del artículo 388 del Código Procesal Penal, reclamando la “Inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva...”. En tanto, declara el impugnante, se violentaron los artículos 153 y 193 del Código Procesal Penal y el artículo 13 de la Ley Nº 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial”, por no haberse señalado la prueba en que se fundan las sentencias de ambas instancias. Como segundo y último motivo de fondo, el recurrente invoca la misma causal del primer motivo, pues según, afirma el reclamante, se violentaron los artículos 51 y 54 de la Ley Nº 285 “Ley de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas...”, al haberse tipificado los hechos investigados como “Transporte Ilegal de Estupefacientes...”, en virtud del tipo penal de “Tráfico Interno de Estupefacientes...”. Una vez recibidas las diligencias por este Supremo Tribunal, se realizó la audiencia oral, a las tres y treinta minutos de la tarde del veintiséis de febrero del dos mil cuatro. Presentes ante los Magistrados de la Sala Penal de esta Corte Suprema de Justicia, comparecieron el Licenciado Arbel Medina Zamora, en calidad de abogado defensor de ambos procesados y el Fiscal, Licenciado Manuel Reyes Juárez, en representación del Ministerio Público. Que realizados los alegatos del recurrente, los cuales se orientaron a profundizar los motivos de fondo ya interpuestos, y del representante del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 396 del Código Procesal Penal, y verificada la deliberación pertinente, la Sala entra a resolver el recurso como en derecho corresponde.

CONSIDERANDO:

I

Como primer motivo del recurso por vicios *in procedendo*, el defensor reclama, al amparo de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 387, la violación a los artículos 15, 163.1 y 274 todos del Código Procesal Penal, por haberse negado la autoridad judicial, sin fundamento alguno, a admitir como elementos de prueba a tres testigos de descargo, provocando la indefensión de los procesados. El reclamo debe ser rechazado, en tanto la formulación del reproche es defectuosa debido a que el recurrente irrespeta los requisitos establecidos en el artículo 390 del Código Procesal Penal, referido a la interposición del recurso de casación. El

impugnante mezcla tres causales para hacer alusión a los preceptos que se consideran violados, obviando el requisito de estructurar o indicar por separado cada motivo o reclamo con su fundamentación. En este sentido, la doctrina que informa la casación ha señalado que el escrito que contiene el recurso debe expresar separadamente, en capítulos, números o párrafos o en otra forma, cada uno de los motivos por los que se impugna y que el incumplimiento de esta condición respecto de los motivos, basta para que el recurso sea inadmisibile. Por ello, en lo sucesivo, para dar cumplimiento a la discriminación de los motivos –como requisito– no basta únicamente la división de los motivos de forma y de fondo, sino que cuando se traten varios de carácter procesal, a cada uno debe dársele un trato particularizado e individual. Por otro lado, esta Sala reconoce oportuno aclarar el significado de “prueba impertinente”, por ser parte intrínseca del contenido del alegato defectuoso rechazado. Es impertinente o irrelevante toda prueba que no recae sobre hechos del proceso o de la investigación y en consecuencia no puede influir en la decisión; es decir, la impertinencia está referida a los hechos objeto de la prueba y no a la prueba en sí. El artículo 277 del Código Procesal Penal dispone sobre la inadmisibilidad de prueba impertinente, en consecuencia las pruebas impertinentes son inadmisibles aún cuando sean conducentes por estar permitidas por ley. Estos son dos conceptos que pueden dar lugar a confusión, por ello es bueno advertir que una prueba puede ser: 1.) Conducente pero impertinente, o; 2.) Inconducente a pesar de ser pertinente. Siendo el primero el caso que nos alude. En síntesis, la pertinencia o impertinencia de la prueba es una cuestión puramente de hecho y es el juez, con prudencia, amplio criterio y de manera fundada, quien debe examinar el elemento ofrecido para decidir sobre su admisibilidad o no. Que es lo que en el caso concreto se ha hecho, cuando en Audiencia Preparatoria del Juicio (cfr. folio 75 y 76), la Fiscalía solicitó exclusión de tres testigos de descargo por razones de impertinencia, declaraciones que corren visibles del folio 18 al 20 y que de su lectura, trasluce lo irrelevante de las mismas sobre el proceso. Para evitar en lo sucesivo este tipo de resoluciones, las partes deben –conforme a la igualdad de armas y a la lealtad procesal– presentar en el “escrito de intercambio de información y pruebas” la indicación general y sucinta de los hechos y circunstancias que se pretenden demostrar, teniendo en cuenta la relación entre el hecho objeto de la prueba y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir. Ahora bien, desde el punto de vista judicial, no está de más recordar que los jueces deberán admitir y practicar la prueba cuando exista alguna posibilidad, por remota que sea, de que el hecho ofrecido tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del proceso.

II

Bajo el acápite dos, el recurrente alega como primer motivo por vicios *in iudicando*, al amparo del artículo 388 numeral 2, la violación de los artículos 153 y 193 del Código Procesal Penal y artículo 13 de la Ley N° 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial”, por no haberse señalado en ninguna instancia “la prueba en que se funda el veredicto condenatorio” (sic)(el subrayado es nuestro). El reclamo planteado resulta improcedente, por no subsumir el argumento en la causal invocada, en tanto esta se refiere a la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva y aquel a la falta de motivación de la sentencia. Por otra parte, esta Sala, estima necesario precisar al impugnante que mal hace al referirse a la figura del veredicto, dado que es una declaración solemne e inimpugnable de culpabilidad o no que hace el jurado, sobre las pruebas presentadas en Juicio, y en el caso concreto y por la naturaleza del delito en cuestión, no conoció un jurado sino un juez técnico, quien no emite veredicto sino fallo, el cual debe ser motivado en la sentencia a diferencia de aquel.

III

Como segundo reclamo por vicios *in iudicando*, contenido en el acápite tres del recurso planteado, alega el recurrente, al amparo del artículo 388 numeral 2, la errónea aplicación de los artículos 51 y 54 de la Ley N° 285 “Ley de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas; Lavado de Dinero y Activos Provenientes de Actividades ilícitas”, pues –según afirma el impugnante– ambas instancias penales tipificaron los hechos investigados como “transporte ilegal”, en virtud del tipo penal de “tráfico interno”. Lo cual detalla bajo los siguientes argumentos: Primero: alega el defensor, Licenciado Medina Zamora, que ambas sentencias, tanto la de segunda instancia como la de la primera, condenaron por un tipo penal distinto del contenido en el “auto de remisión a juicio”, violando lo establecido en el artículo 385 del Código Procesal Penal. En cuanto a este primer argumento y por el carácter del planteamiento, debe señalarse que la transgresión a la norma procesal descrita no es materia de fondo sino de forma, por lo que el argumento no es de recibo. No obstante, esta Sala considera señalar el yerro en que incurre el impugnante al interpretar el artículo 385 del Código ídem, que establece que la “resolución no podrá condenar por hecho distinto del contenido en el auto de remisión a juicio”, en tanto el reclamante confunde los hechos de la acusación con la calificación jurídica, aspecto que no le está vedado al tribunal de apelación variar conforme los artículos 10, 157 y 385 del mismo Código, siempre y cuando no afecte la *non reformatio in peius* en el caso que la decisión haya sido impugnada únicamente por el acusado o su defensor, en virtud del artículo 371 Ibíd. Por otra parte, es de vital importancia señalar que el juez de primera instancia, conforme el artículo 157 y 322 de la Ley N° 406, tiene la potestad de dar al hecho una calificación jurídica distinta y aplicar la pena correspondiente. Calificación que puede ser menos o, incluso, más gravosa que la provisional objeto de la acusación, dado que en términos generales es el juez quien aplica el Derecho conforme al principio *iura novit curia*. Dicha variación, desde luego, tiene sus limitaciones, que son las siguientes: 1) Las propias normas penales; 2) El inseparable respeto al principio de contradicción, de igualdad y al derecho de defensa, y; 3) El mantenimiento de la identidad esencial del hecho acusado (*factum*), es decir que la variación de la calificación jurídica no provoque un cambio esencial de la pretensión inferida, en tanto la nueva calificación cumpla con la homogeneidad de los bienes jurídicos tutelados, esto es, que tenga la misma naturaleza. Por todo lo anterior, puede colegirse que la potestad del juez de poder dar al hecho una calificación jurídica distinta no afecta el principio acusatorio, en tanto no se afecta la correlación entre acusación y sentencia, puesto que el juez está obligado a respetar los hechos de la acusación descritos en el auto de convocatoria a juicio o en la ampliación de la acusación (*da mihi factum, dabo tibi ius*). En síntesis, la calificación no será sorpresiva, y en consecuencia no afectará el principio de contradicción ni provocará indefensión, siempre y cuando de la simple lectura de los hechos acusados sea previsible la calificación hecha por el juez. Todo lo anterior, descansa en la finalidad del proceso penal que es la de solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y “la determinación de la responsabilidad de los acusados y la aplicación de las penas que en justicia proceda” (ver art. 7 del CPP); en conclusión, la finalidad es, pues, que los órganos jurisdiccionales apliquen el Derecho tras un juicio público, con igualdad de armas, contradictorio y sin violentar el derecho a la defensa de ninguna de las partes. Ahora bien, en el caso concreto, no se transgredió la correlación entre acusación y sentencia –pilar fundamental del principio acusatorio tendiente a garantizar la defensa– por cuanto la Fiscalía en sus alegatos iniciales en el Juicio Oral (cfr. folio 90 reverso, comprobable con la grabación), recalificó “sobre los mismos hechos planteados en la acusación”, el delito como “Transporte Ilegal de Estupefacientes...”, por lo

que no puede hablarse de una calificación sorpresiva y en perjuicio del acusado por parte del juez, en consecuencia no existe indefensión ni violación al principio de contradicción. --- Segundo: manifiesta el impugnante que se aplicó erróneamente la ley penal sustantiva en tanto la sentencia de segunda instancia falló declarando a los procesados responsables del delito de Tráfico interno de estupefacientes, pero que al imponer la pena les aplicó la del artículo 54 de la Ley N° 285, que dispone el delito de Transporte ilegal de estupefacientes. Al respecto, luego de analizar la sentencia del tribunal *a quo*, que corre visible en los folios 233 al 238, debe señalarse que lo que se observa en el reverso del folio 237 de la línea 1 a la 5, no es una aplicación errónea de la ley penal sustantiva, sino, más bien, un error material el cual es subsanable con la lectura conjunta o integral de la sentencia, puesto que en el anverso del mismo folio, de la línea 17 a la 25, se manifiesta expresamente que la calificación legal que le da el tribunal *a quo*, a los hechos del caso concreto, es la de “Transporte ilegal de estupefacientes...” lo que seguidamente confirma cuando hace referencia a la conducta y transcribe que los procesados “fueron sorprendidos transportándola” (la droga). Por lo tanto, el presente reclamo debe ser rechazado. ---Tercero: como último argumento alega el impugnante que se violentó el *in dubio pro reo*, puesto que ambos artículos 51 y 54 de la Ley N° 285, pueden ser aplicables y conforme el concurso aparente de normas –afirma el recurrente– debe aplicarse la más favorable a sus defendidos. El tercer argumento también debe ser rechazado en tanto los argumentos esgrimidos no se ajustan a la causal invocada. Por otra parte, mal hace el recurrente al fusionar el principio *in dubio pro reo* con el concurso aparente de normas, en tanto el primero –de naturaleza procesal– pertenece a la apreciación probatoria, el cual debe aplicarse cuando, habiendo prueba, exista duda racional sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal; mientras que el concurso aparente de leyes –de naturaleza sustantiva general– está referido a las conductas delictivas que recaen en dos o más preceptos legales, donde uno de estos excluye a los otros. Conflicto de exclusión que resuelve conforme ciertos principios doctrinarios, tales como el de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), subsidiaridad (*lex primarie, derogat legi subsidiarie*), o consunción (*lex consumens derogat legi consumtae*), de los cuales ninguno dispone como regla la aplicación de la norma más favorable.- Por todo lo anteriormente expuesto, el segundo reclamo de fondo debe ser rechazado.

IV

No obstante, a pesar de lo mal planteado y defectuoso del recurso interpuesto y del rechazo a los motivos supra esgrimidos, esta Sala, conforme a la principal finalidad de la casación la cual consiste en la exclusión de la arbitrariedad en la aplicación del derecho y sobre la base del artículo 369 del Código Procesal Penal, considera necesario entrar a conocer y resolver sobre la vulneración de la presunción de inocencia, en perjuicio de Róger Andrés Law Castillo, advertida en la sentencia de primera instancia (folio 156 ss) –y confirmada por el Tribunal de Apelaciones–, en tanto la presunción de inocencia es un principio de la justicia penal y derecho fundamental del procesado en virtud del artículo 34.1 de nuestra Constitución Política. El principio de *in dubio pro reo* –el cual corresponde al contenido de la presunción de inocencia– siendo de ejercicio exclusivo de los jueces de juicio, y tribunales de jurado, no es controlable en casación, salvo la excepción de “que el juez técnico condene pero exprese duda al hacerlo en la sentencia”, según lo reconoce la doctrina mayoritaria. Excepción que se presenta en el caso en estudio –a la vista del folio 157, reverso, líneas 10 y 28–, en tanto el juzgador en la sentencia manifiesta, en relación al acusado Law Castillo,

que la alegación “resulta, muy poco convincente”, que “... quien conduce habitualmente un vehículo debe tener las precauciones del caso para cuando decide darle raid a una persona...” (sic). En referencia a lo planteado Enrique Bacigalupo, en su obra: “La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios” (en el capítulo de la “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación”), cita que: “para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba...” (ob. cit., pág. 16). Certeza que el mismo juzgador diluye al manifestar que la alegación del procesado “resulta, muy poco convincente”, emitiendo así un juicio de probabilidad en donde expresa la duda, al no dejar por sentada la certeza necesaria para condenar, puesto que admite, el juez, —implícitamente— que tal declaración goza de un poco de credibilidad; por cuanto, con dicha expresión, inserta una probabilidad de incerteza que le imposibilita llegar al fallo condenatorio al que llegó. La Sala de lo Penal advirtiendo como indispensable la búsqueda de la justicia en el caso concreto y para excluir que la duda, expresada por el juez en la sentencia, se trate de un error material al momento de elaborarla, entra a valorar la prueba a la que hace referencia el texto que manifiesta la duda, sin pretender suplantar ni sustituir la valoración realizada por el juez. Por lo que, del anverso del folio 113, se observa que Law Castillo declaró haberle dado “raid” (sic) a un muchacho conocido del barrio y que posteriormente fue detenido por un oficial (línea 10, fl. 113); mientras que el otro acusado Iván Ignacio Castellón Uceda declaró que le pidió raid a Law Castillo, a quien conoce del barrio (comprobable con el audiocassette número dos lado B, parte final y número tres lado A). En consecuencia, sobre la base de las declaraciones indicadas, esta Sala, considera que la no-certeza expresada por el juzgador tiene un asidero racional y no deriva de un error material. Por todo lo anteriormente expuesto, este Supremo Tribunal reconoce la violación del principio de inocencia constitucional de conformidad con las normas del *in dubio pro reo*, en tanto el juez técnico, aún expresando la duda en la sentencia, condenó al procesado.

POR TANTO:

De conformidad a lo antes considerado, disposiciones legales citadas y a los artículos 387, 388, 395, 398 y 401 del Código Procesal Penal, los suscritos Magistrados en Nombre de la República dijeron: **I.-** Se casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala Penal Número Dos, del Honorable Tribunal de Apelaciones de Managua, a las tres y cinco minutos de la tarde del catorce de octubre del año dos mil tres, únicamente, en cuanto a la responsabilidad penal del acusado Róger Andrés Law Castillo, y en virtud de los artículos 34.1 de la Constitución Política, 13 del Código Penal, 2 y 369 del Código Procesal Penal; y argumentos jurídicos anteriormente expuestos, en el considerando cuarto, y siendo posible resolver conforme a derecho en virtud del artículo 398 del Código Procesal Penal, se absuelve a Róger Andrés Law Castillo por el delito de Transporte Ilegal de Estupefacientes, Sicotrópicos y Otras Sustancias Controladas, por lo que de conformidad al artículo 401 del Código Procesal Penal se ordena su inmediata libertad. **II.-** En cuanto al procesado Iván Ignacio Castellón Uceda, se mantiene incólume la sentencia impugnada. **III.-** Disiente la Honorable Magistrada de esta Sala de lo Penal, Dra. YADIRACENTENO GONZALEZ, del resto de la opinión de sus colegas Magistrados, en el sentido, de que si bien es cierto que está de acuerdo con la opinión de la mayoría en el punto uno de la parte resolutive de esta sentencia con relación al acusado Róger Andrés Law Castillo, también es cierto que no está de acuerdo con el punto segundo relacionado con el acusado Iván Ignacio Castellón Uceda, ya que si al primero en su participación se le aplica el

principio de la duda razonable frente a los hechos, también debe ser extensible este mismo criterio para el acusado Castellón Uceda, de quien se alegaba que ignoraba lo que contenía la caja incautada y relacionada en autos, por lo que ambos sujetos deberían de quedar en la misma situación procesal. **IV.-** Cópiese, notifíquese, publíquese y con testimonio concertado regresen los presentes autos a su lugar de origen. Esta sentencia se encuentra copiada en cuatro hojas útiles de papel bond membreteado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y rubricadas por el Secretario de esta misma Sala. **(F) Y. CENTENO G. (F) MANUEL MARTINEZ S. (F) NUBIA O. DE ROBLETO (F) M. AGUILAR G. (F) A. L. RAMOS (F) ANTE MI: J. FLETES L. Srío.**

ANEXO 6

Jurisprudencia comparada relacionada al *iura novit curia*: Sentencia Nº 105/1983, del Tribunal Constitucional Español, del 23 de noviembre de 1983.

Sentencia 105/1983, de 23 de noviembre

RA 107/1983

BOE 298, de 14 de diciembre

[Extracto. Se reproducen únicamente los Fundamentos Jurídicos y el FALLO]

Materia: Naturaleza del amparo

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 107/1983, interpuesto por el Procurador don Eduardo Morales Price, asistido por el Letrado don Francisco Javier Saenz de Pipaón, en nombre de don Francisco Javier Vinader Sánchez, contra Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 1981.

Han sido parte en el asunto el Fiscal General del Estado, y como codemandada doña María Ramos Preciados Pérez, representada por el Procurador don José Granados Weil, y, ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Pera Verdaguer, quien expresa el parecer de la Sala.

II. Fundamentos jurídicos

1. Interpuesto recurso de amparo constitucional contra resoluciones de los Tribunales de cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, pero posiblemente con preferencia cuando de lo penal se trata, es frecuente observar no ya en medios ajenos, sino incluso dentro del planteamiento de aquella última vía, la constante pretensión de que mediante ella se ponga en revisión prácticamente en su integridad el proceso penal, penetrando en el examen, resultado y valoración de las pruebas practicadas, y justeza o error del derecho aplicado y de las conclusiones alcanzadas en las sentencias allí dictadas, erigiendo esta vía del amparo constitucional en una auténtica superinstancia, si no en una nueva casación o revisión, incluso planteando cuestiones que exceden de las posibilidades de esas vías, y todo ello a pesar de la claridad de la normativa aplicable al proceso de amparo, y de haberse puesto de relieve por la doctrina de este Tribunal, que de conformidad con lo establecido en el art. 117.3 de la C. E. el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, y dispuesto en el art. 123.1 que solamente la materia de garantías constitucionales exceptúa del carácter de órgano jurisdiccional superior, en todos los órdenes, que se atribuye al Tribunal Supremo, en consonancia con todo lo cual, a la hora de articular el recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial, se establece que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional de los hechos que dieron lugar al proceso en que se hayan producido las invocadas violaciones de derechos o libertades (art. 44.1 b) de la LOTC), y, todavía más precisamente si cabe, que en esta clase de recursos la función del Tribunal Constitucional se limitará a concretar si se han violado o no los derechos o libertades del demandante, preservándolos o restableciéndolos, mas absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (art. 54 de la LOTC), porque como dice el art. 41.3, en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso. Por ello, a tales premisas habrá de atenerse el enjuiciamiento de las cuestiones que plantea el presente recurso.
2. Como un primer motivo sostiene el recurrente en amparo que los órganos de la jurisdicción penal han vulnerado con sus decisiones en la instancia y en el recurso de casación el derecho a la tutela efectiva judicial, produciendo indefensión -art. 24.1 del Texto Constitucional -y ello concretamente por cuanto el interesado no ha sido informado de la acusación contra él formulada -art. 24.2- desde el momento en que la condena se ha producido por delito distinto de aquellos de los cuales había venido siendo acusado, ya que se pena por autoría de un delito de imprudencia temeraria profesional con resultado de dos asesinatos, siendo que se le acusaba, bien de complicidad de dos asesinatos, bien de autor por inducción de los mismos, sin que por parte del Tribunal se hiciera uso de la facultad prevista en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Con anterioridad a la plasmación en nuestro vigente Primer Texto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, más específicamente de la interdicción de la indefensión, y, finalmente, del derecho a ser informado de la acusación, pero sin duda con una inspiración paralela a todo ello, el Tribunal Supremo al examinar el alcance de lo establecido en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la vía de la casación por quebrantamiento de forma que autoriza el núm. 4 del art. 851 de la misma Ley, vino manteniendo constantemente, bastando citar por todas su Sentencia de 14 de octubre de 1975, que para que no se lesione la debida congruencia entre la acusación penal y la sentencia criminal, ni se deje indefenso el inculcado, eliminando su derecho a contradicción a la pretensión acusatoria, y colocándolo en situación desigual, dentro del proceso, en relación con las demás partes acusadoras, deberán observarse los preceptos de anterior mención. Pero la natural libertad del Tribunal de instancia para calificar los hechos no puede estimarse dificultada por dicha limitación, cuando acoja un hecho calificado de forma distinta, que sin variar la esencia de las conductas debatidas, ni su mismo contenido material, esencialmente, tenga la misma naturaleza y especie, por ser homogéneo y subsidiario, en relación al imputado, y además se halle más levemente penado, aunque por sí mismo represente una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal, sin llegar a ser heterogéneo o de diferente naturaleza.
4. La Sala Primera de este Tribunal, en su Sentencia de 10 de abril de 1981 (Recurso de amparo núm. 96/1980), vino a concretar cuál es el contenido esencial constitucionalmente exigible del derecho a ser informado de la acusación a los efectos de la defensa, estableciendo la doctrina de que es evidente que esa información ha de recaer sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, ya que ello es el objeto del proceso penal, sobre los que recae primariamente la acusación y sobre los que versa el juicio contradictorio en la vista oral, correspondiendo, ante todo, al Tribunal la calificación jurídica de tales hechos, en virtud del principio *iura novit curia*, sin que pese a ello esa calificación sea ajena al debate contradictorio, el cual recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica.

En esa misma Sentencia se recoge la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual se puede condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación -incluso verificándolo así en la Sentencia de casación-, siempre que la condena sea por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas, pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal. Tratándose de delito de mayor gravedad, el Tribunal no puede condenar por él sin pedir a las partes que le ilustren sobre esa posibilidad, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo del delito señalado en la Sentencia, no existe indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la calificación que se considera correcta.

En relación con los derechos de defensa se acepta en aquel fallo la doctrina anterior en la medida en que se den dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación. Y, en segundo lugar, que ambos delitos sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo.

5. En el caso que nos ocupa ninguna duda se ofrece en cuanto a lo primero, que no se cuestiona por el recurrente, ante la evidencia de que el hecho objeto de acusación y luego base de la condena ha permanecido en todo instante inalterado.

Respecto de lo segundo, es decir, en cuanto a la homogeneidad del delito objeto de las acusaciones -autoría por inducción o complicidad en los dos asesinatos- y el aceptado en la sentencia condenatoria -imprudencia temeraria profesional con resultado de dos asesinatos- es de notar que desde el punto de vista del derecho constitucional a defenderse frente a la acusación es innecesario pronunciarse acerca de si la imprudencia es un tipo específico o un modo de comisión de otros tipos penales, esto es, si entre el delito culposos y el doloso correspondiente existe sólo una diferencia de culpabilidad, o la diferencia afecta también al injusto. Lo decisivo es que el elemento diferencial lo establece el art. 565 del Código Penal en la presencia o no de la “malicia” acerca de lo cual se controvertió con toda amplitud en el transcurso de todo el proceso penal, con matizaciones acerca de la concurrencia o no de dolo directo, dolo eventual o culpa consciente, esto es, poniéndose siempre de relieve si concurría o no en la conducta del procesado un comportamiento consciente y deliberadamente dirigido al logro del resultado letal acaecido, o más bien su actuación profesional debía encuadrarse en el campo del menosprecio, olvido, ligereza y descuido más o menos graves, aunque conducentes a igual previsible resultado.

Existe entre ambas formas de imputar el resultado como homogeneidad básica que permite entender a un responsable sector doctrinal que la responsabilidad a título de dolo consume la que pudiera exigirse a título de culpa, y que, en consecuencia, la acusación a título doloso contiene *a fortiori*, la culposa.

En el mismo sentido ya apuntado se ha declarado por este Tribunal (Auto de 6 de julio de 1983, recurso de amparo núm. 320/1983), que es innocuo el cambio de calificación operado por la Sala de Instancia, sin hacer uso de la facultad del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si existe una verdadera homogeneidad y no se impone una pena mayor que la instada por la acusación.

6. El recurrente, a la hora de tratar de este primer motivo de su recurso de amparo, y en lógico fundamento de su pretensión, alude con particular detención a que ese desconocimiento por su parte de la figura delictiva aceptada por los Tribunales hay que centrarlo en el requisito de la previsibilidad del resultado producido, trascendente punto al que, por lo dicho, no pudo hacer frente con oportunidad, mas es lo cierto que en las acusaciones de que fue objeto, y también desde la Sentencia de instancia, al margen de una invocación de la modalidad del dolo conocida como “directo”, lo fue igualmente la del “eventual”, equivalente a la representación del resultado como posible, unida a la aceptación del mismo por el agente, entendiéndose que éste no se hubiera abstenido de actuar aun cuando hubiera sabido con certeza que el evento debía tener lugar, y, todavía más, cuando como en el caso presente se trataba de una supuesta autoría por inducción, es suficiente el dolo eventual, y es el que realmente media en la mayor parte de las ocasiones porque el inductor no tiene seguridad de la eficacia de su instigación. Parece pues excesivo y no admisible que a los efectos que en esta ocasión interesan pueda sostenerse que el acusado como inductor, y como tal de haber previsto, calculado y deseado un resultado, consciente, pues, del alcance y posibilidades de su comportamiento, quede indefenso por la simple circunstancia de que lo único que el Tribunal elimine -y precisamente en su favor- sea la particularidad del ánimo doloso. El extremo referente a la previsibilidad cabe

decir que en este caso fue tema constantemente debatido en el curso del proceso penal, nunca por lo tanto ajeno al conocimiento del acusado, porque al tratar del dolo eventual quedó de relieve lo que en este aspecto afecta a la imprudencia.

7. No debe desconocerse, pues, la singularidad que concurre en el supuesto de autos en el que no se trata pura y simplemente de que el juzgador del orden penal derive de una acusación por autoría de un delito doloso hacia una condena basada en la culpa, sino que es preciso matizar que a la hora de la concreción de esa participación en el delito doloso, dentro siempre de la autoría, la acusación se formuló por el cauce de la inducción, esto es, apartándose por entero de la participación directa, tratando de conducir este punto por la vía inductiva, y dentro de ésta en la modalidad que puede denominarse inducción propiamente dicha, que con apoyo en el núm. 2 del art. 14 del Código Penal, requiere como uno de sus elementos el que sea suficiente, lo que en lo que ahora interesa se traduce en la precisión de que entre los actos del inductor y los del inducido haya relación de causalidad y el resultado fuera previsible, la determinación de lo cual viene a ser una cuestión imposible de resolver con reglas determinadas a priori, y que ha de dilucidarse en cada caso concreto, tesis y problemas puestos de relieve en todo el curso del proceso penal que ha motivado el presente recurso constitucional de amparo, y que vienen a ser comunes cuando se discurre acerca del surgimiento de la forma culposa del delito, sin más diferencia en uno y otro caso que la presencia o ausencia del dolo, irrelevante ello en este instante en que estamos tratando tan sólo de la indefensión que el recurrente invoca con cita del art. 24 de la Constitución Española.

Cualificada y muy reciente doctrina científica patria, con apoyo en la extranjera, y en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1967, entiende, en este punto de las posibles concomitancias entre la autoría por inducción y la autoría por imprudencia, que es en sí misma imaginable la culposa creación en otro de la decisión de ejecutar el hecho, pero tal comportamiento no constituye inducción en el sentido del núm. 2 del art. 14 del Código Penal, ni es punible como tal inducción. Puede, no obstante, aparecer dicha conducta como una culposa causación del resultado producido por el ejecutor material y, en tal sentido, ser punible a título de imprudencia.

Precisamente esto es lo que los tribunales penales expresan que ha ocurrido en este caso y respecto a ello este Tribunal, cuya competencia ya hemos delimitado en nuestro primer fundamento, lo único que afirma es que al condenar por imprudencia temeraria y no apreciar la existencia del dolo requerido como elemento del tipo de la acusación, los tribunales penales no han producido en ningún momento la indefensión del acusado.

8. Por todo ello, este recurso de amparo no puede prosperar en lo que se refiere al primero de sus motivos, en el que la parte recurrente pone especial y prioritario énfasis, contrariamente a lo acaecido en su escrito de formalización del recurso de casación, en el que dedica al tema media página del medio centenar que la integran, no siendo de menospreciar que, en cualquier supuesto, aleja toda idea de indefensión la circunstancia de que el desajuste a Derecho que el recurrente aprecia cometido en la Sentencia de la Audiencia Nacional pudo ser invocado -y en su caso, reparado- en la vía casacional seguida.
9. Al pasar a examen de otro motivo, cual la pretendida violación del derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución, es preciso señalar que el recurrente la estima cometida en cuanto que el Tribunal Penal admite y acepta una relación de causalidad entre el actuar del procesado y el resultado producido, sin que exista base probatoria. No cabe discutir que la declaración de responsabilidad exige

en estos casos de infracciones penales de carácter culposos, como uno de sus elementos esenciales, la relación o nexo causal entre el hecho que se estima productor del daño y éste, es decir, que haya una relación de causa a efecto entre uno y otro; y que no basta que exista tal nexo, sino que es preciso además la prueba del mismo.

De igual modo es común opinión que la determinación del nexo causal ha de inspirarse en la valoración de las circunstancias y condiciones que el buen sentido señale al examinar cada caso como índice de responsabilidad dentro del innúmero y multiforme encadenamiento de causas y efectos. En este sentido cabe decir que es admisible que una cierta situación de hecho corresponde, según la experiencia, a un curso causal típico y determinado, pudiéndose considerar que la causa fijada ha producido cierto resultado y que la alegación puede tenerse por probada, concepto que corresponde a la apreciación de la prueba, todo lo cual no releva al juzgador de la necesidad de llegar a declaraciones fácticas en torno a la relación causal.

Debe objetarse, ante todo, que en el caso que se resuelve, si se trata en realidad de la apreciación o valoración de la prueba, ello implica el planteamiento de una cuestión que extravasa las facultades de nuestro Tribunal, según reiteradas decisiones del mismo dictadas con invocación de los arts. 741 de la L. E. Cr., 53.2 y 161.1 b) de la C. E., y 2, 41, y 44.1 b) de la LOTC; y si lo apuntado es la carencia absoluta de prueba sobre ese trascendente extremo de la relación de causalidad, habrá que decir que tal imputación no es certera por cuanto los Tribunales de lo Penal han tomado en consideración que el recurrente, sin tener conocimiento acerca de la veracidad o no de las gravísimas imputaciones delictivas que se contenían en la publicación, contra personas concretas y determinadas, conscientes de que de tal modo se creaba un gran riesgo contra la integridad de las mismas, e indiferente a los males que pudieran sufrir, e incluso acompañando fotografías de esas mismas personas, actuó en tal sentido, viéndose obligadas la mayor parte de ellas a abandonar inmediatamente el territorio vasco en compañía de sus familiares, abandonando asimismo actividades, negocios e intereses, ante el temor de sufrir represalias, llegando una de ellas -luego asesinada- a enviar una patética carta a la dirección de la revista en que los artículos fueron publicados, a la vez que desmentía la veracidad de las imputaciones que se le hacían, lo que reflejaba el estado angustioso de temor a sufrir represalias precisamente a consecuencia de la propia publicación, destacando también los juzgadores que a los pocos días de la misma se produjeron los dos asesinatos, consecuencias letales que eran perfectamente previsibles, habida cuenta de la realidad social públicamente conocida de aquel lugar, de todo lo cual se infiere que el relato fáctico del fallo impugnado tiene una base probatoria real, e incluso que no es puesto verdaderamente en duda por el recurrente, quien, en suma, lo único que hace es negar que de su comportamiento se derivaran los resultados mortales producidos, esto es, se adentra en un terreno necesariamente especulativo e inmaterial, en definitiva, un juicio de valor -como él mismo destaca en casación-, cual el de obtener una conclusión, que si fue positiva para los órganos de la jurisdicción ordinaria, nada seriamente fundado autoriza para que sea contradicho por este Tribunal. Como destaca el fallo del Tribunal Supremo, a estos fines hay que atenerse con el resultado que se obtenga de la investigación hecha, aplicando las reglas de la experiencia o de las ideas y convicciones aceptadas por la generalidad de las gentes, sentando la conclusión de que existe relación de causalidad entre una determinada conducta y un resultado típico, cuando aplicando las mentadas normas de experiencia o el común sentir, procede entender que el agente, al tiempo de actuar, pudo y debió prever o conjeturar que con la misma ponía en riesgo o peligro

un bien jurídicamente protegido, cuando, posteriormente, el peligro potencial se haya convertido en realidad.

10. Con independencia de lo anteriormente expuesto pero con suficiente consistencia por sí solo para conducir al mismo resultado denegatorio de la pretensión del recurrente en amparo, es necesario consignar que el derecho a la presunción de inocencia establecido en el último inciso del núm. 2 del art. 24 de la C. E., no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término, esto es, no permita desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que ha de merecer una consideración global para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad jurisdiccional, y aquí parece claro que los Tribunales ordinarios, respetando esa presunción constitucionalmente garantizada, alcanzaron la conclusión de que la misma había decaído por mora del conjunto probatorio practicado, sobre lo cual se produjo en lo que era menester la formulación del juicio de valor, corolario de indispensable emisión.

Debatir, so pretexto de haberse vulnerado el derecho fundamental de presunción de inocencia, la concurrencia o no del nexo causal en una determinada figura delictiva, autorizaría del mismo modo a poner en tela de juicio cualquiera de los demás elementos cuya presencia requiera la infracción criminal de que se trate, como pueden ser en este caso la acción u omisión del presuntamente culpable, o la realidad de la producción de un daño, lo que nos lleva inexcusablemente a un terreno impropio de la competencia de este Tribunal, en los términos que se pusieron de relieve en el primero de los fundamentos jurídicos de esta Sentencia.

11. El apartado d) del núm. 1 del art. 20 de la Constitución consagra el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva. Se trata, como el art. 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz. El objeto de este derecho es por consiguiente el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transmisión.

Prescindiendo de los límites que en este derecho puede producir el respeto del ámbito de intimidad de las personas, la inexistencia por parte de éstas de la obligación de facilitar la información y la modalización de esta obligación en los órganos públicos, está fuera de duda que el derecho, como derecho de libertad, se concreta y satisface en un comportamiento de su titular, consistente en la realización de aquellos actos en que el propio derecho consiste, y que la lesión directa se produce en todos aquellos casos en que tal comportamiento -los actos de comunicación y de difusión- se ven impedidos por vía de hecho o por una orden o consignación, que suponga un impedimento para que la información sea realizada. No es, evidentemente, este el caso en el asunto del que

ahora nos ocupamos, en el cual el recurrente ha satisfecho cumplidamente su derecho a comunicar información.

Por consiguiente, si de algún modo pudiera hablarse en este asunto de vulneración del derecho a dar información veraz, tendría que ser por alguna otra razón de la que se plasma en la realización directa de un hecho impeditivo. Está claro que el recurrente no impugna una obstaculización del ejercicio de su derecho en forma directa, sino la limitación que al mismo marcan las consecuencias ulteriores que los Tribunales han extraído de su ejercicio. Concretamente, en la medida en que se ha considerado la comunicación de la información como constitutiva de delito. Sin embargo, para que la consideración como delictivo del hecho informativo pueda ser examinada en esta sede, hubiera sido menester que se hubiera impugnado la constitucionalidad de las normas jurídicas, en las cuales el tipo delictivo se encuentra recogido, o cuando menos, la interpretación que de tales normas los Tribunales hayan realizado, en la medida en que dicha interpretación hubiera de considerarse contraria a la Constitución, por serlo al derecho consagrado en el art. 20.1 de la misma; porque es claro que este Tribunal, en aquella medida en que ha de velar por el respeto de la Constitución y el de los derechos fundamentales consagrados por la misma, tiene que plantearse la cuestión de la legitimidad constitucional de los preceptos que coacten las libertades y derechos fundamentales, así como la legitimidad constitucional de las interpretaciones que de tales preceptos puedan hacer los Tribunales. Sin embargo, nada de esto nos plantea la parte recurrente, para quien el actuar en el ejercicio del derecho a la información constituye causa de justificación que le exonera de responsabilidad penal. Y hay que señalar que en este punto los límites constitucionales en que esta jurisdicción puede moverse son obviamente distintos, pues es claro que no le es dado enjuiciar los hechos, ni la calificación de los mismos en el orden jurídico-penal y que el posible juego de la actuación en el ejercicio de un derecho como causa de justificación de acuerdo con el apartado núm. II del art. 8 del Código Penal está sujeto a los condicionamientos de tal causa de justificación establecidos con carácter general.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo promovido por don Francisco Javier Vinader Sánchez.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

SEGUNDO PUESTO

□ “APLICACIÓN UNITARIA
O COMBINADA DE
NORMAS PENALES.
IMPLICANCIAS DEL
ACUERDO PLENARIO
Nº 2-2006/CJ-116”

Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro



Sumilla de la Hoja de Vida del Dr.

ALDO MARTÍN FIGUEROA NAVARRO

Abogado titulado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tiene en su haber una Maestría en Administración Pública por la Université de Lausanne (Suiza) y ha culminado los estudios del Doctorado en Derecho por la Université de Fribourg (Suiza), estando próximo a sustentar su Tesis Doctoral. También ha cursado una especialización en Derecho Penal en el Max Planck Institut (Alemania) así como un Diplomado en Reforma Procesal Penal y Litigación Oral dictado por el Instituto de Ciencia Procesal Penal.

El Dr. Figueroa Navarro ha sido Director de Asesoría Jurídica en el Ministerio del Interior y en el Ministerio de Educación, Coordinador del Gabinete Técnico de la Presidencia del Poder Judicial y desde el año 2007 se desempeña como Presidente de la Quinta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En la enseñanza universitaria el Dr. Figueroa Navarro se ha desempeñado como Asistente de la Cátedra de Derecho Penal y de la Cátedra de Derecho Penal y Criminología en la Université de Fribourg (Suiza). Actualmente es Docente de Derecho Penal en la Academia de la Magistratura y en la Maestría de la Universidad de San Pedro (Trujillo), y Docente de Política Criminal en la Maestría de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es autor de diversos artículos publicados en anuarios, revistas y revistas electrónicas y tiene en su haber diversas traducciones de libros sobre derecho penal de autores como Nicolás Queloz, Dieter Dölling y Frederic Desportes.

INTRODUCCIÓN

Es usual afirmar que la norma jurídica es una estructura lógica conformada, en general, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica⁹⁷. En el ámbito penal, esta afirmación es aún más relevante por las estrictas exigencias del principio de legalidad y, en particular, por las consecuencias jurídicas que este principio genera⁹⁸. La ley “es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales”⁹⁹; por tanto, en ésta debe encontrar su destinatario la descripción completa de la conducta prohibida u ordenada.

Sin embargo, como las normas no son inmutables ni las valoraciones que las sustentan estáticas, esta unidad es puesta en cuestión: si aquellas se suceden en el tiempo y si deben ser sometidas a un juicio de favorabilidad para su aplicación. Esto es, que del contenido de cada ley que se sucede en el tiempo, el intérprete tenga que optar por la más favorable al reo.

Pero esta valoración responde a un juicio que se hace con relación a las leyes consideradas como una unidad y no como una fracción. Surge en este sentido la discusión sobre si la ley – o mejor la norma penal- debe ser interpretada como una unidad indisoluble o puede ser (re)conformada tomando los aspectos más favorables de una y otra norma. A esta construcción teórica se le denomina combinación de leyes penales.

97 VILLA STEIN, JAVIER. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Tercera Edición Lima, Grijley, p.112.

98 Cfr. ROXIN, CLAUS. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Segunda Edición. Madrid, Ed. Civitas, pp.140 – 141.

99 HURTADO, JOSÉ. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera Edición. Lima, Ed. Grijley, p. 150.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La cuestión planteada no constituye un mero ejercicio intelectual o teórico. Sus implicancias van más allá de la discusión doctrinaria sobre la sucesión de leyes penales en el tiempo. Se ha convertido en un debate jurisprudencial a partir de un Acuerdo Plenario adoptado – en mayoría - por la Sala Plena en lo Penal de la Corte Suprema. En efecto, en Sala Plena de los señores Vocales Supremos en lo Penal, de fecha 13 de octubre del 2006¹⁰⁰, la máxima instancia de justicia acordó por 10 votos contra 4, lo siguiente:

- “Establecer como doctrina legal, respecto al principio de combinación de leyes que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una u otra ley, siempre que sea más favorable al reo”,
- Precisar que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales, y
- “... que en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario”.

Las cuestiones que han sido materia de la decisión adoptada suscitan las siguientes interrogantes:

- ¿Puede admitirse la posibilidad que dos leyes sean interpretadas como dos fracciones susceptibles de unificarse en otra unidad?
- ¿Dos normas penales pueden ser aplicadas tomando sus aspectos más favorables?
- Considerando los dos puntos anteriores, ¿la aplicación de una ley combinada es compatible con principios como los de legalidad, separación de poderes, o seguridad jurídica?
- ¿Una interpretación que implique la aplicación combinada de leyes penales puede vincular, sin lugar a apartamiento, a los magistrados de todas las instancias penales?

En la presente investigación abordaremos los problemas formales que dicha decisión plenaria plantea con relación a su naturaleza jurídica, fuerza vinculante, aplicabilidad e impacto. Así mismo, evaluaremos desde una perspectiva histórica, semántica, comparada, lógica, sistemática y teleológica, la afirmación o negación de las preguntas antes formuladas.

100 Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias- Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116.

CAPÍTULO II

PROBLEMAS FORMALES DEL ACUERDO PLENARIO

2.1. ¿SENTENCIA PLENARIA O PRECEDENTE VINCULANTE?

El primer problema formal que plantea el presente Acuerdo Plenario (en adelante el Acuerdo) es la determinación de su naturaleza jurídica. Con ello aludimos a la cuestión del tipo de decisión adoptada. La cuestión no es baladí porque tiene incidencia en:

- La fijación de los objetivos de la decisión;
- El grado de obligatoriedad del acuerdo, y
- La consecuencia jurídica y disciplinaria o penal de su inobservancia¹⁰¹.

Para responder a la primera cuestión debe partirse por señalar que el Acuerdo Plenario se adoptó en el marco de la facultad que tienen los integrantes de las Salas Especializadas de la Corte Suprema para reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, a fin de concordar jurisprudencia de la especialidad (artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o L.O.P.J.). La convocatoria, en efecto, comprendió únicamente a los Magistrados Supremos, integrantes de las Salas Penales. Además, la forma que adoptó la reunión respondió a la de un Pleno conformado por las Salas en su conjunto. Finalmente, el objeto de discusión estuvo centrado en dos consultas elevadas a la Corte Suprema sobre un tema especializado: la aplicación de leyes penales en el tiempo.

En este sentido, queda claro tanto por la forma de la convocatoria como por el objetivo de la reunión plenaria, que éste fue el marco normativo aplicado. Esta facultad es a su vez complementada, conforme el Acuerdo, por una publicación que fija un principio jurisprudencial¹⁰² de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales (artículo 22 de la L.O.P.J.).

Sin embargo, la aplicación de ambas normas genera la incertidumbre de si en el presente caso es igualmente aplicable el procedimiento para establecer precedentes vinculantes o sentencias plenarias¹⁰³, previsto en el artículo 301 inciso a) del Código de Procedimientos Penales. En el precitado artículo se señala con relación a los precedentes vinculantes que “Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante, cuando así lo expresen las mismas...”.

101 Sobre el contenido de estos aspectos cfr.: SAN MARTÍN, CÉSAR. (2008). “La Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. El ámbito Penal”, En: *Precedentes Vinculantes en Materia Penal*. Lima, Reforma, p.11-16.

102 Con el término principio jurisprudencial se alude a lo que impropiaemente se denomina “doctrina legal”. Cfr. PAREDES JELIÓ, JOSÉ. (2008). *La predictibilidad jurídica y el precedente*. Lima, San Marcos, p.25.

103 Sobre el concepto de sentencia normativa: PAREDES JELIO. *Ibidem* p.25.

Por otro lado, se establece en el numeral 2 del citado artículo, respecto a las sentencias plenarias, lo siguiente:

"Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo –en relación a los ámbitos referidos de su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta".

2.2. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA

La respuesta a la interrogante planteada debe partir de la premisa que, en efecto, el objeto de la decisión había sido materia de criterios discrepantes sobre la aceptación del principio de combinación de leyes¹⁰⁴. Aun cuando el Pleno Jurisdiccional tomó como referencia dos Ejecutorias Supremas (N° 69-2005 y N° 110-2005) que aceptaban el principio de combinación de normas, no podía soslayarse la existencia de una posición contraria que también fue expresada en Ejecutorias Supremas anteriores¹⁰⁵.

Por otra parte, la decisión se expresó formalmente en un acuerdo adoptado por un Pleno Penal de la Corte Suprema y no por una Sala determinada (sentencia normativa 301, inciso a), primer párrafo). Resulta sin embargo discutible aceptar que dicho acuerdo pueda ser designado bajo el rótulo de sentencia (plenaria), si se considera que una sentencia implica un pronunciamiento jurisdiccional de fondo con relación a un caso concreto.

Al parecer, esta no es la acepción que se pretendió dar a tal decisión. El término alude en realidad a la sentencia (del latín *sententia*), entendida como un "Dictamen o parecer que alguien tiene o sigue, o al dicho grave y sucinto que encierra doctrina o moralidad"¹⁰⁶. En otras palabras, la decisión que adopta un Pleno Jurisdiccional para zanjar una cuestión controvertida expresa finalmente una postura que consagra una doctrina jurisprudencial, pero no relacionada con un caso específico sino con un criterio general y aplicable a futuro por los órganos jurisdiccionales.

2.3. FUERZA VINCULANTE DEL ACUERDO

En el Acuerdo no se invoca expresamente la aplicación del artículo 301 inciso a) del Código de Procedimientos Penales. Tal omisión genera igualmente la duda sobre la

104 Cfr. HURTADO JOSÉ. Ibid.: 302-305. También: "La Determinación de la Ley Penal más favorable en el tiempo. Jurisprudencia penal comentada". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 142. Setiembre 2005, pp.108-112. En este sentido, a favor del principio de combinación de leyes, por mayoría: Consulta 19-2004; Sala penal Permanente del 03 de marzo del 2004.

105 Cfr. Ejecutoria N° 2578-2005-LIMA; Sala Penal Permanente del 16 de abril del 2006.

106 Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima segunda edición; en www.rae.es/drae.

obligatoriedad formal del acuerdo, pues si se asume que la “sentencia vinculante” se sustenta en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos encontramos ante “una suerte de vinculación u obligatoriedad relativa, en cuya virtud los Magistrados pueden apartarse, por excepción, a condición que motiven adecuadamente la razón de su discrepancia”¹⁰⁷. Por el contrario, si la decisión se encuadra en la norma procesal señalada, la vinculación u obligatoriedad es absoluta, sin posibilidad de inaplicación por los Magistrados de todas las instancias¹⁰⁸. En este caso, el carácter obligatorio del precedente proviene de la propia ley¹⁰⁹.

Tres razones nos llevan a asumir el relativo efecto vinculante del Acuerdo. Primero, en la decisión mayoritaria no se menciona dicho artículo. Dado el caso, los Magistrados de todas las instancias tienen igualmente la posibilidad de guiar sus actos procesales conforme a criterios de predictibilidad y certeza respecto de las decisiones adoptadas por el máximo órgano de justicia penal. En consecuencia, al no haberse invocado una norma más restrictiva de la discrecionalidad de los Magistrados, queda la posibilidad de desvinculación regulada en el artículo 22 de Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹⁰.

Segundo, el contenido de la propia decisión deja un espacio a la discrecionalidad del Magistrado cuando se señala que se puede escoger lo más favorable de una y otra ley, siempre que sea más favorable al reo (párrafo 15)¹¹¹. Una decisión estrictamente vinculante no deja margen alguno para que el destinatario de la decisión elija; más bien le señala claramente la obligatoriedad de la decisión.

Finalmente, aun cuando no sea una razón formal, la decisión adoptada no revela una postura consensuada de los miembros de la Sala Plena. Desde la perspectiva de la fuerza normativa de la decisión este Acuerdo evidenció, a diferencia de los demás Acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales de la Corte Suprema, la falta de consenso en la decisión plenaria.

2.4. PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA DECISIÓN

La decisión adoptada no delimita el ámbito de aplicación del principio de combinación. En el Acuerdo sólo se mencionan los argumentos que abonan a favor de una aplicación combinada de normas penales, pero no se precisan qué ámbitos normativos son los susceptibles de esta “interpretación integradora”. De ahí que el destinatario de la decisión desconoce si los ámbitos normativos combinables comprenden normas generales y especiales, sólo normas generales o sólo normas especiales.

107 SAN MARTÍN, CÉSAR. Ibid.: 15.

108 SAN MARTÍN, CÉSAR. Ibid.: 15.

109 CASTILLO ALVA, JOSÉ. “El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional, su alcance y valor en el derecho peruano”. En *Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal*. Ver www.unifr.ch. p.37.

110 La mayoría de los Acuerdo Plenarios dejan a salvo, en su parte dispositiva, la excepción de apartamiento del artículo 22. Cfr. *Precedentes vinculantes en materia penal*. Lima, Reforma, 2008.

111 Otra sería la situación si se hubiera dicho, por ejemplo: “en caso de conflicto de leyes en el tiempo, debe escogerse lo más favorable al reo, de una u otra ley”.

La incertidumbre aplicativa se acentúa cuando en el Acuerdo se menciona que la combinación recae sobre "leyes". Con este término se puede estar aludiendo a una estructura lógico formal que abarca diversas disposiciones (artículos); o, por el contrario, se puede considerar restrictivamente que se refiere a un supuesto normativo específico. Además, en uno u otro caso, resta por dilucidar si los objetos de combinación deben ser supuestos equivalentes o similares.

Cuando se dice que en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo se puede escoger lo más favorable, dicha amplitud se evidencia en la imprecisión del significante "ley penal" como vehículo de expresión de normas legales¹¹². Con dicho término se puede aludir a lo que en doctrina se denomina el "tipo de garantía" (*Garantietatbestand*); vale decir, a toda previsión normativa que regule

"...el conjunto de presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de una pena. Abarca por tanto, la descripción normativa de la conducta así como las características a la antijuricidad, culpabilidad y, en su caso, las condiciones objetivas de punibilidad, respectivamente"¹¹³.

Así mismo, puede considerarse bajo este término a todo un cuerpo normativo especial; por ejemplo, "las diferentes normas legales dictadas para definir y establecer la pena del delito de terrorismo. En este caso, debería compararse cada uno de los decretos o leyes en su conjunto para fijar cuál es la ley más favorable"¹¹⁴. En realidad, el ámbito de comparación debe circunscribirse a lo que, en puridad, son las normas penales (homogéneas); esto es, dispositivos legales compuestos cada uno por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que regulan la misma institución penal.

En otro sentido, el Acuerdo se limita únicamente a consagrar el principio general de combinación favorable de la ley penal, pero no señala los criterios para establecer "lo más favorable" (omisión del procedimiento). No se trata, como señala acertadamente Hurtado Pozo, de hacer una comparación abstracta de leyes; esto es, de comparar no sólo la severidad de las penas sino todos los factores de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de punición¹¹⁵. Al respecto, sostiene Zaffaroni que la favorabilidad puede comprender causas de justificación, causas de inculpabilidad, circunstancias que impidan la operatividad de la penalidad atenuación de los plazos de prescripción, distinta clase de pena, nueva modalidad de ejecución, o cumplimiento parcial de la misma¹¹⁶. De este modo se abre una gama de posibilidades determinables por el particular entender del intérprete; incertidumbre que se acentúa por el hecho que ésta es una tarea privativa del juez, a diferencia de lo que prevé la legislación española que permite la intervención del procesado en la determinación de lo favorable¹¹⁷.

No es posible determinar lo más favorable en abstracto por la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración¹¹⁸. Por tanto, el intérprete debe determinar,

112 MIR PUIG, SANTIAGO. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta Edición. Barcelona, p.26-27.

113 QUINTERO OLIVARES, GONZALO. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Navarra, Aranzadi, p.299.

114 HURTADO, JOSÉ. *Ibidem* p.304.

115 HURTADO, JOSÉ. *Ibidem* p.301.

116 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. (1990). *Manual de Derecho Penal*. Lima, Ediciones Jurídicas, p.179.

117 Artículo 2.2. CPE: "...en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo".

118 ZAFFARONI. *Ibidem* p. 179.

en función de las condiciones de cada caso concreto, lo más favorable de cada ley. En este sentido plantean Maurach y Zipf que la ley más favorable es aquella que deje al autor en el caso concreto, desde un punto de vista jurídico material, en mejor situación¹¹⁹; situación que debe dilucidar el juzgador pues el Acuerdo Plenario no señala los supuestos que son susceptibles de combinación.

En síntesis, al hacerse depender la determinación de los aspectos favorables de la concepción particular de quien lo aplica se genera una situación complicada en caso de comparación de condiciones de punibilidad, circunstancias de atenuación o agravación o penas únicas o acumulativas. Debe reconocerse que siempre existirá el riesgo de un sesgo valorativo por parte del juez, quien a su buen entender considerará que determinados aspectos son más favorables para el reo y que puede no coincidir con los criterios de otro juzgador o del propio reo.

2.5. IMPACTO DE LA DECISIÓN

No obstante lo antes señalado podemos deducir hipotéticamente los supuestos teóricos de combinación; esto es, una ley penal que:

- Establezca un tipo básico más favorable con otra ley penal cuya penalidad también lo sea.
- No establezca una circunstancia agravante con otra que prevea una pena más favorable en la circunstancia agravada.
- Prevea un tipo básico o agravado más favorable con otra ley que regule condiciones de punibilidad más favorables.
- Regule una institución de la parte general más favorable con otra ley penal que no tenga esta connotación.

Sin embargo, la tendencia jurisprudencial sólo se ha expresado en este último supuesto y se ha vinculado a la determinación del plazo de prescripción; esto es, que la ley anterior (CP 1924) sea más favorable en el cómputo del plazo de prescripción en función del tipo de pena, aun cuando admita la duplicidad del plazo, en tanto que la ley posterior (CP 1991) haya sido más favorable al no admitirla.

2.6. ¿EFECTO RETROACTIVO DEL ACUERDO PLENARIO?

En uno de los aspectos Resolutivos del Acuerdo se menciona que las “Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario”. La cuestión que se plantea

119 MAURACH, REINHART y ZIPF, HEINZ. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 201.

es si este dispositivo jurisprudencial tiene implicancia con la modificación de la autoridad de cosa juzgada de las ejecutorias dictadas anteriormente. De ser negativa la respuesta, sería de preguntarse el efecto práctico de la modificación de las ejecutorias anteriores "en cuanto a la doctrina legal que consignaron".

El alcance de la modificación consignada en el Acuerdo no pone, en principio, en cuestión la autoridad de la cosa juzgada. La Corte Suprema ha establecido, con fecha posterior al Acuerdo materia de análisis, que una vez emitida una sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables –previstos en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución–. Pero en este caso, la excepción para la alteración o modificación de sentencias está referida a modificaciones normativas¹²⁰. Como plantea Zaffaroni, es ocioso señalar que la retroactividad benigna de que se trata es de la ley más benigna, no de la jurisprudencia más benigna, aunque fuere jurisprudencia plenaria. En cuanto a ésta se debe entender que es en general es orientadora y su obligatoriedad discutible¹²¹.

En el mismo sentido, la Corte Suprema vuelve a puntualizar en una Ejecutoria hecha vinculante, mediante el Acuerdo N° 1-2007, que:

"...la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, y que un cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo porque, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida"¹²².

Esta postura es primigeniamente asumida, salvo una excepción, por los Vocales Supremos que votaron en minoría en el Acuerdo Plenario, objeto de análisis. Desde esta perspectiva, es coherente con la posición minoritaria sostener que la voluntad del juzgador no podría modificar la voluntad del legislador, estando a la reserva absoluta de la ley penal. En consecuencia, los fallos que han adquirido la autoridad de cosa juzgada no podrían ser modificados ni alterados en ninguno de sus alcances. Ello comprende tanto la parte valorativa como la decisoria del fallo declarado firme; criterio que, sin embargo, no fue asumido íntegramente en el Acuerdo Plenario N° 2-2006 que acepta la combinación de leyes. Ello porque se considera que las Ejecutorias Supremas "dictadas con anterioridad" quedan modificadas. La modificación ciertamente no incide en la parte resolutive de las mismas sino "en los términos del presente Acuerdo Plenario". Lo que se modifica, de acuerdo a lo expresado en el Acuerdo, es la "doctrina legal que consignaron", se entiende en las Ejecutorias Supremas modificadas.

Ahora bien, la "doctrina legal" sustituida por "los términos" del Acuerdo sólo podría alcanzar la parte considerativa de la ejecutoria. Por lo menos, no existen mayores elementos que nos lleven a la temeraria conclusión que el Acuerdo pretenda modificar los efectos decisivos de las ejecutorias dictadas con anterioridad. Más aun si se considera que la única posibilidad legal excepcional de modificar un fallo firme es la acción de revisión. Si esto es así, este extremo del Acuerdo introduce una incongruencia: la doctrina legal sustituyente no es coherente con la inmutabilidad de la resolución, pues no en todas las Ejecutorias Supremas

120 Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 del 16 de noviembre del 2007.

121 ZAFFARONI. Ibidem p.178.

122 R.N. N° 1920-2006-PIURA del 06 de agosto del 2006, tercer considerando vinculante.

dictadas con anterioridad se aceptó la posibilidad de combinar leyes. Por lo demás, el efecto de la sustitución doctrinaria del Acuerdo en las ejecutorias anteriores sólo tiene un efecto simbólico de dudosa existencia jurídica.

En resumen, son limitados los alcances de aplicación del Acuerdo Plenario. La forma en la que fue aprobado; la falta de consenso en su aprobación; su implicancia con la autoridad de la cosa juzgada, y los restringidos efectos prácticos de la consagración de la aplicación combinada de leyes, debilita su legitimidad como “doctrina legal” consolidada. La debilidad doctrinaria de sus alcances se acrecienta aún más si la sometemos al siguiente ejercicio hermenéutico.

CAPÍTULO III

INTERPRETACIÓN Y COMBINACIÓN DE LEYES

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Código de 1924 se regulaba la aplicación de la ley más favorable al reo cuando se producían “...modificaciones de la ley penal posteriores a la perpetración del hecho punible” (artículo 7). Igualmente “Las modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena” limitaban la pena conforme a la ley más favorable (artículo 8).

No obstante, el expositor de motivos del Código derogado no planteó expresamente la cuestión de la combinación de leyes penales. Implícitamente podía colegirse que cuando fundamenta el alcance de lo que llamaba “retroactividad benigna”, asumía el principio de “unidad de la ley penal”. Esto se puede colegir del contenido mismo de la explicación sobre la retroactividad. Cuando se señala que “la nueva ley rige de preferencia a la antigua a favor del delincuente”, lo que está expresando es que la “nueva ley” es tomada como una unidad, afirmación que es ratificada cuando se refiere que “Después del fallo la nueva ley limita la pena o la suspende definitivamente”¹²³. No se expresa qué parte de la nueva ley se aplica en combinación con parte de la antigua.

En la Constitución de 1933 no se menciona el principio de favorabilidad. Es recién con la Constitución de 1979 que se consagra como garantía de la administración de justicia “la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales” (artículo 233 inciso 7).

Ahora bien, pese a la amplitud del sentido gramatical expresado en el texto constitucional del 79, en los primeros proyectos de Código Penal se asumió una postura contraria a la combinación de leyes. Así, en el Proyecto de setiembre de 1984 se señalaba que “Las modificaciones de la ley posteriores a la perpetración del hecho punible, se aplicarán en la sentencia si fueren más benignas que las disposiciones anteriores” (artículo 12)¹²⁴. Dicha postura se expresa claramente en los Proyectos de agosto de 1985 y marzo de 1986¹²⁵ cuando se establece que “No se puede recurrir a leyes de diversa época para lograr, con su aplicación conjunta, una regla más favorable” (artículo 5, segundo párrafo).

Este criterio restrictivo fue descartado en los sucesivos proyectos de Código Penal 1989 y 1990, en los que se señaló que “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales” (artículo 11). Paradójicamente, en el Proyecto de

123 Exposición de Motivos del Código Penal de 1924.

124 El Anteproyecto de octubre de 1984 no preveía norma alguna al respecto.

125 Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 19 de agosto de 1985.

enero de 1991 se arriba a la redacción del Código vigente, pero conservando en la Exposición de Motivos la posibilidad de aplicar de manera combinada leyes penales.

En efecto, esta contradicción se consagra con la promulgación del Código vigente, pues se señala por un lado en el artículo 6 que "La Ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales", y se explica, por otro lado, que "En acatamiento del artículo 233 inciso 7 de la Constitución Política se prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales", sustituyéndose de esta manera "el principio de la unidad de ley aplicable... por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas"¹²⁶.

La incongruencia referida se supera con la Constitución de 1993, cuando se ratifica como principio de la función jurisdiccional "la aplicación de 'la ley' más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales" (artículo 139 inciso 11), y se establece que "Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo". (artículo 103). La mención genérica a "la ley" es incluso mantenida con la modificación de dicho artículo, mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 28389.

El seguimiento entonces de la evolución histórica de la aplicación favorable de la ley penal en el tiempo nos permite colegir dos conclusiones preliminares:

- La aplicación combinada de leyes penales no forma parte de nuestra tradición legislativa, con la salvedad ciertamente imperativa –pero ya derogada– de la Constitución de 1979.
- Una interpretación adecuada, progresiva y consecuente del texto constitucional derogado quedaría desfasada con el nuevo texto constitucional en la materia, de fecha posterior al Código vigente.

3.2. DIFERENCIAS GRAMATICALES

Cuando el expositor de motivos del Código vigente aludía al acatamiento de lo dispuesto por la Constitución derogada, se estaba aparentemente refiriendo a que el artículo neutro "lo" se aplicaba en su función gramatical de acompañamiento a un adjetivo determinativo (lo uno y lo otro más favorable). No estaba aludiendo de manera excluyente a una ley penal en desmedro de otra. De esta manera se extendía el ámbito de determinación a aspectos parciales e indistintos de dos objetos de comparación; en este caso, de dos leyes penales en conflicto.

No obstante, el sentido gramatical del texto constitucional varía cuando dicho artículo neutro es reemplazado por el artículo determinado "la", que restringe el ámbito de aplicación a sólo un objeto de comparación (la ley más favorable), con lo que el intérprete, en estricta aplicación de la regla gramatical, deberá elegir entre dos leyes penales, aquélla que en su integridad la adjetive como más favorable.

126 Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

Ciertamente, el argumento lingüístico constituye un punto de referencia importante pero insuficiente y no siempre considerado por el intérprete. En este sentido, en el Acuerdo Plenario se omite evaluar este aspecto, asumiendo tal vez que el texto del artículo 6 es claro y que su sentido se autosatisface con una concepción subjetiva de la interpretación. Así se señala en esta perspectiva que “el legislador ha consagrado el principio de combinación en la Exposición de Motivos del Código Penal...”¹²⁷. Esta afirmación consagratória es una forma de atribuirle un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando –para lograr su aceptación– la autoridad del legislador”¹²⁸.

3.3. LEGISLACIÓN COMPARADA

El reconocimiento de la ley (norma) penal como una unidad o estructura lógica, aun en casos de favorabilidad, es igualmente comprobada en la legislación comparada.

Así, en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece, con idéntico tenor, que “Si con posterioridad a la comisión del delito ‘la ley’ dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”¹²⁹.

En el mismo sentido, aun cuando con menor claridad, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece que “De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena” (artículo 24.2). La falta de contundencia en la exclusión del principio de combinación se explica por el uso único del término “*le droit*” en la versión francesa del Estatuto y que, en la versión española alude primero a la “modificación del derecho aplicable” y, luego, a “las disposiciones más favorables”. Como fuera, en ambas versiones siempre aparece el artículo determinado que engloba al sustantivo (normativo) como unidad.

En la legislación comparada occidental se ratifica la misma tendencia. Al respecto, en el Código Penal Alemán en su numeral 2.3 se establece: “Si la ley vigente durante la consumación del hecho es modificada antes del fallo, debe aplicarse la ley más benigna”¹³⁰.

En el artículo 112 inciso 1 del Código Penal Francés se señala que excepcionalmente: “Las nuevas disposiciones se aplican a las infracciones cometidas antes de su vigencia y que no hayan sido objeto de condena firme, cuando sean menos severas que las disposiciones anteriores”¹³¹.

127 Párrafo 13 del Acuerdo Plenario. Al margen de lo inaprehensible de la noción abstracta de la “voluntad del legislador” en cuerpos colegiados como el Congreso, resulta dudoso que esta voluntad se haya expresado en la exposición de motivos, que fuera preparada por los especialistas que conformaron la Comisión Revisora.

128 HURTADO, JOSÉ. Ibidem p.198.

129 Artículo 9 del CADH y artículo 15 inciso 1 del PIDCP.

130 “§ 2 Zeitliche Geltung (...): Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden”.

131 “Article 112-1: ...les dispositions nouvelles s’appliquent aux infractions commises avant leur vigueur et n’ayant pas donné lieu à une condamnation en force de chose jugée lorsqu’elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

Por su parte, en el Código Penal Portugués se prevé que: "cuando las disposiciones penales vigentes al momento de la realización del hecho punible fueran diferentes a las establecidas en leyes posteriores es siempre aplicable el régimen que concretamente es más favorable al agente..."¹³².

En el Código Penal Italiano se señala lo siguiente: "Si la ley vigente al momento de cometido el delito y la posterior es diferente, se aplica la disposición más favorable al reo..." (artículo 2).

En Latinoamérica el panorama legislativo no es muy diferente. Se reconoce con matices de redacción, que no inciden en la cuestión de fondo, que en caso de sucesión de leyes se aplica la ley más benigna al reo.

Así, se deduce el carácter unitario de la aplicación favorable con expresiones como: "la (ley) más benigna" (Argentina: artículo 2; Puerto Rico: artículo 8 inciso b); "la (nueva) ley más favorable" (Cuba: artículo 3; Panamá: artículo 13; Costa Rica: artículo 13); "efecto retroactivo de las leyes penales" (España: artículo 2; Honduras: artículo 9); "las leyes...que sean favorables" (Ecuador: artículo 2); "La ley permisiva o favorable ... se aplicará" (Colombia: artículo 6); "La ley posterior que de cualquier modo favorece al agente..." (Brasil: artículo 2).

3.4. JURISPRUDENCIA Y FAVORABILIDAD

a. Tribunal Constitucional

La justicia constitucional no ha sido muy prolífica y explícita en la determinación de aplicación unitaria o combinada de normas penales. La postura asumida por este Tribunal se ha centrado más en definir los alcances aplicativos del principio de retroactividad benigna de la ley penal, restringiendo su ámbito de aplicación a la ley penal material, en desmedro de la ley procesal o penitenciaria, considerada como una norma adjetiva¹³³.

Pero, con relación al objeto de discusión, el Tribunal parte de la idea central que esta forma de justicia tiene por finalidad esencial la defensa de los derechos fundamentales. En este sentido, estima el Tribunal Constitucional que su labor no radica en establecer el mejor método de interpretación que "desde el texto de las normas legales puede hacerse de las instituciones legales y, desde luego, tampoco tiene como fin el cautelar la observancia de los precedentes vinculantes que a tal efecto haya emitido la justicia ordinaria"¹³⁴.

De este modo, el Tribunal Constitucional toma distancia en la discusión sobre las dos posturas doctrinarias en debate. Centra únicamente su actividad en determinar "si en el presente caso la aplicación del principio de unidad de la ley

132 *"Artigo 2º: 4. Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punible forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorable ao agente..."*

133 Exp. N° 1593-2003-HC/TC; Caso Dionicio LLajaruna del 30 de enero del 2004.

134 Exp. N° 01955-2008-HC/TC; Caso Gonzáles Barberena del 26 de noviembre del 2008.

penal resulta vulneratorio (sic) del principio de favorabilidad”¹³⁵. Este examen parte del reconocimiento que, constitucionalmente, el principio de legalidad tiene como primera consecuencia la aplicación de la norma vigente al momento de la comisión de la infracción penal. Luego que todas aquéllas normas que entren en vigencia con posterioridad a la comisión de la infracción son aplicables –mediante aplicación retroactiva– “en cuanto resulten más favorables para el procesado que las vigentes al momento de la comisión de la infracción”¹³⁶.

Implícitamente, el Tribunal Constitucional asume, sin hacer un razonamiento expreso, el principio de aplicación unitaria de la ley penal. En este sentido, concluye señalando “que siendo la favorabilidad en materia penal el resultado de aplicar, por un lado, la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, y si resultase más favorable, de manera retroactiva las normas que con posterioridad al hecho delictivo hubieran entrado en vigencia, ello no resulta contrario a considerar, en la comparación de diversas normas, a cada una de ellas como una unidad”¹³⁷.

En conclusión, el máximo intérprete de la Constitución, sin tomar partido expresamente por una posición, asume que la aplicación de la teoría de la unidad de la ley penal no resulta violatoria del principio de favorabilidad, reconocido constitucionalmente.

b. Jurisprudencia comparada

En la jurisprudencia comparada no existe una posición uniforme o claramente favorable hacia una u otra postura. El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, por ejemplo, se decanta por rechazar la aplicación combinada o conjuntiva de leyes penales. Para ello, invoca como argumento central la imposibilidad que el intérprete (juez) asuma funciones reservadas al Poder Legislativo¹³⁸.

Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado que

“...el fenómeno conocido con el nombre de conjugación, conjunción o combinación de disposiciones, igualmente llamado *lex tertia*, tiene cabida en nuestro medio. Por tanto, frente a la sucesión de leyes en el tiempo es perfectamente posible tomar de una norma lo favorable y desechar lo odioso, así como tomar de la otra u otras lo benigno y dejar de lado lo desfavorable”¹³⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado expresamente en torno al problema planteado. En la jurisprudencia generada por este organismo internacional, el control que ha ejercido para garantizar la eficacia de la Convención Americana de Derechos Humanos ha incidido más en la vigencia del principio de la legalidad y retroactividad¹⁴⁰.

135 Ibidem, párrafo 2.

136 Ibidem, párrafo 6.

137 Ibidem, párrafo 10.

138 Tribunal Supremo de Justicia; Exp. 1826-05 del 10 de diciembre del 2006.

139 Colombia: Sala de casación Penal; Proceso N° 19445 del 06 de octubre del 2004.

140 "Artículo 9: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión

En efecto, cuando la Corte Interamericana se pronunció sobre el caso Castillo Petruzzi contra el Perú, señaló que el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y el principio estructural del derecho penal¹⁴¹. La Corte deriva una serie de principios vinculados a los principios de certeza y seguridad jurídica. Entre ellos considera a la irretroactividad y la prohibición de la retroactividad desfavorable. Con ello, sienta implícitamente posición respecto a la admisibilidad de la retroactividad favorable al delincuente. Y no podría ser de otra manera, pues la propia Convención Americana, reconoce esta posibilidad.

El alcance del artículo 9 de la Convención, en el ámbito de la favorabilidad, se restringe al caso de la previsión de una pena más leve; situación que es descrita con la frase: "la ley" que dispone una pena más leve. Con ello, no deja espacio alguno a la admisibilidad que la determinación de la pena más leve se haga combinando leyes.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la vigencia de la irretroactividad desfavorable, en el caso De La Cruz Flores contra el Perú. En esta ocasión, la Corte se pronunció con relación a la garantía de la seguridad jurídica que está implícita en la certeza de la descripción de las conductas típicas. En este sentido, la Corte señaló que "la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto... Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma jurídica¹⁴². El argumento comunicacional esgrimido por la Corte no es desarrollado en la línea del problema planteado; sin embargo, servirá de base para desarrollar un argumento teleológico a favor de aplicación unitaria de la ley penal¹⁴³.

Curiosamente, la Corte Interamericana había desarrollado tal línea argumentativa respecto al fundamento de la irretroactividad desfavorable, a partir de un caso de derecho administrativo sancionatorio¹⁴⁴, en el que se establece que las sanciones administrativas son expresión igualmente del poder punitivo del Estado, por lo que en un sistema democrático se deben extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten previa cuidadosa verificación de la efectiva existencia de una conducta ilícita; ello en aras de la seguridad jurídica aplicable tanto al ámbito administrativo como al penal. Esta línea jurisprudencial había sido desarrollada por la Corte a partir de la experiencia adquirida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que le sirviera de referente¹⁴⁵.

No obstante, el ámbito de la discusión a nivel europeo se ha circunscrito más al sentido de la protección desde el principio de legalidad y su vinculación con las normas constitucionales. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando interpreta el artículo 7 inciso 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señala que este dispositivo sólo prohíbe la retroactividad de las leyes

del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello".

141 CIDH: Caso Castillo Petruzzi; sentencia del 30 de mayo de 1999; párrafo 114.

142 CIDH: Caso De la Cruz Flores; sentencia del 18 de noviembre del 2004; párrafo 104.

143 Cfr. *Infra* 3.7.

144 CIDH: Caso Baena Ricardo; sentencia del 02 de febrero del 2001.

145 Específicamente, el caso Ezelin; sentencia del 26 de abril de 1991, y el caso Muller; sentencia del 24 de mayo de 1988.

penales, sin especificar si éstas deben ser desfavorables, o si también se prohíbe la retroactividad de las favorables. Mediante interpretación, asume el Tribunal Europeo que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley sólo se aplica “en detrimento del acusado”¹⁴⁶. Posteriormente, el Tribunal Europeo va precisando el sentido de su interpretación cuando invoca no sólo el principio de prohibición de la aplicación retroactiva en detrimento del acusado, sino que argumenta adicionalmente que si hubo aplicación de la ley posterior más favorable no se viola el artículo 7 inciso 1 de la Convención¹⁴⁷.

La prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal en desmedro del acusado deja abierta a la interpretación si su contraparte (la aplicación retroactiva benigna) debe hacerse como una unidad o admite la conjunción o aplicación combinada.

3.5. IMPLICANCIAS SISTEMÁTICAS

El artículo 6 del Código vigente, como toda norma jurídica, se engarza dentro de un contexto; vale decir, su posible sentido interpretativo debe tener en cuenta el ordenamiento jurídico en general y sobre todo el contexto constitucional, cuyo contenido puede variar aunque con mayor rigidez.

En la sustentación por mayoría del Acuerdo Plenario se invoca como argumento constitucional

“...el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución Política que establece la retroactividad de la ley penal más favorable en caso de duda o de conflicto entre leyes penales, y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum* (considerando 6; argumento que es reforzado con el parafraseo del artículo 139 inciso 11 del texto constitucional (considerando 7))”.

Sin embargo, las normas invocadas como premisas legales por la decisión mayoritaria, siendo sustancialmente lo mismo, tuvieron destino diferente. En el caso del artículo 103, éste fue modificado¹⁴⁸; en tanto que el artículo 139 inciso 11 sustituyó al artículo 233 de la Constitución de 1979. En el primer caso, si bien la finalidad de la modificación estuvo dirigida a precisar o restringir –según como se le mire– el ámbito de aplicación del *favor rei* a lo estrictamente penal–material, mantuvo en su redacción el criterio de la retroactividad penal de la ley y no de un segmento de ella.

Ahora bien, las modificaciones operadas tienen tres implicancias sistemáticas para una interpretación progresiva y adecuada a la Constitución del artículo 6 del Código Penal:

146 Sentencia TEDH del 25 de mayo de 1993; Caso Kokkinakis contra Grecia; párrafo 52. Del mismo modo: Sentencia TEDH del 22 de noviembre de 1995; Caso S. W. contra Reino Unido; párrafo 35. Sentencia TEDH del 22 de noviembre de 1995; Caso C. R. contra Reino Unido; párrafo 32.

147 Sentencia TEDH del 27 de septiembre de 1995; Caso G. contra Francia; párrafos 24, 26 y 27.

148 La modificatoria se dio –como dijimos– mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 del 17 de diciembre del 2004, aun cuando no modifica el criterio del *favor rei* para la aplicación retroactiva de la ley penal.

- Se trata de modificaciones gramaticales que inciden en el sentido esencial de lo que se preveía en la Constitución del 79, conforme ya explicamos en el acápite 2.2;
- La modificación de las dos normas constitucionales es posterior a la entrada en vigencia de la norma penal;
- La norma constitucional, conforme a sus alcances, debe prevalecer sobre la norma penal.

3.6. INTERPRETACIÓN (DES)INTEGRADORA: *LEX TERTIA*

A pesar de los argumentos ya señalados anteriormente, la doctrina minoritaria que admite el principio de combinación ha recurrido al criterio de la interpretación integradora. Al respecto, se señala que se trata de la integración de los aspectos favorables de dos leyes, excluyendo con ello una creación por analogía, de parte del intérprete, de una tercera ley. En este sentido, Bustos Ramírez sostiene que no hay razones de fondo para oponerse a la combinación de leyes penales, pues existen

“...las leyes penales incompletas y específicamente las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y cuando existan bases claras de determinabilidad legal. En el caso de la *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad sino simple interpretación integrativa (sic) a favor del reo perfectamente posible”¹⁴⁹.

Con matices, Villavicencio se alinea en esta posición señalando que “no siempre se trata de *lex tertia* sino de una interpretación integrativa (sic) favorable al procesado”¹⁵⁰. La admite parcialmente cuando se trata de “leyes simples” pues no presentan mayores dificultades para efectuar la comparación entre ellas; pero señala que “es muy diferente cuando se confrontan leyes complejas (ejemplo: Códigos Penales) en las que existe la posibilidad de que el sujeto se beneficie con instituciones penales que sean tomadas de manera íntegra para aplicarlas al caso particular (ejemplo: Hurto del Código Penal anterior y el sistema de prescripción del nuevo Código Penal). Efectivamente se trata de una reducción teleológica del texto. Debe tratarse de leyes complejas divisibles que permitan aplicar lo más favorable de cada una de ellas y posibiliten la ultra o retroactividad de la ley en conjunto; por el contrario, las leyes complejas indivisibles no permiten tomar estos aspectos parciales pues en este supuesto sí se estaría creando una tercera ley”¹⁵¹.

En el mismo sentido, aunque sin desarrollar la idea, en el Acuerdo Plenario se aduce que con la aceptación del principio de combinación “no se está creando una tercera ley o *lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad” (considerando vinculante 12).

149 BUSTOS, JUAN. (2004). *Derecho Penal. Parte General. Obras completas*. Tomo I. Lima, ARA, p.600.

150 VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Grijley, p.182.

151 VILLAVICENCIO; *ibidem* p.183.

Ahora bien, la fusión de dos leyes penales no puede ser equiparada a la integración de las normas incompletas o en blanco. En el caso de las normas incompletas, nos encontramos ante "...normas penales cuya estructura, gramaticalmente acabada, no contiene supuesto de hecho y consecuencias jurídicas por estar destinadas a concretar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica o restringir el ámbito de aplicación de otra norma"¹⁵².

En este caso estamos ante normas penales que requieren para la comprensión de su sentido de una aclaración, restricción o remisión. Se trata, por tanto, de normas que requieren ser integradas en su contenido por su propia estructura. La exigencia de integración puede deducirse de su propio contenido. En el caso de conflicto de dos normas penales en el tiempo, éstas son normas penales completas; presentan ambas el supuesto fáctico y su consecuencia jurídica. Lógicamente, éstas no requieren ser integradas pues para su aplicación son autosuficientes.

Por otro lado, la norma penal en blanco es una especial forma de norma penal incompleta, en la que no se expresan cabalmente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria sino que se remiten a otros preceptos para que completen la determinación de aquellos elementos¹⁵³ (ver Gráfico N°1). La exigencia de integración normativa es mayormente expresa. Por ejemplo, en el delito de comercialización ilegal de especies (artículo 308) es necesario remitirnos a otra norma para determinar qué especies son legalmente protegidas y caen por tanto dentro del ámbito de protección penal. Estas normas, por su propia estructura, sí admiten la posibilidad de la aplicación retroactiva más favorable en caso que una norma complementaria posterior sea más benigna para el reo¹⁵⁴ (ejemplo: la supresión de la condición de especie en extinción en un delito contra los recursos naturales).

Ciertamente, en los dos ejemplos presentados por Bustos es correcto señalar que se trata de una exigencia lógica de integración. En el caso de una norma penal completa en conflicto temporal con otra, no puede sostenerse lo mismo (ver Gráfico N°1). En este caso, en realidad, no se produce una integración en el sentido estricto del término. Por el contrario, la fusión de dos normas penales para formar una tercera termina desintegrando las normas fusionadas; les quita, además, su sentido lógico, derivado de su unidad estructural.

Ahora bien, para argumentar la tesis contraria a la integración no puede sostenerse que la fusión de dos aspectos parciales de normas en conflicto sea una aplicación por analogía¹⁵⁵. En la integración de dos aspectos parciales de las normas no se está incorporando un elemento normativo no previsto en la ley. Se está únicamente creando desde una perspectiva lógica una tercera norma¹⁵⁶ que resulta de fusionar aspectos parciales de dos unidades lógicas, cuyo contenido no coincide con los objetos de fusión (ver Gráfico N°1).

152 VILLA STEIN. Ibidem p.113.

153 VILLA STEIN. Ibidem, p.114.

154 MAURACH y ZIPF. Ibidem, p.202.

155 CARO JOHN (2005) considera, por el contrario, que la analogía es una forma de integración. "¿Combinación de leyes penales?" En *Anuario de Derecho Penal*. P.343.

156 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. (2004). *Derecho penal, parte general*. Sexta Edición. Valencia, Tirant lo blanch, p.146. En el mismo sentido: ZAFFARONI, EUGENIO. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires, EDIAR, p.179, y BACIGALUPO Z., ENRIQUE. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogota, Temis, p.58.

3.7. FINALIDAD DE LA APLICACIÓN TOTAL DE LA NORMA

La necesidad de mantener integradas a las normas penales en su aplicación deriva de diversas exigencias jurídicas y de política criminal. Al respecto, la conservación de la unidad de la ley no restringe la aplicación del *favor rei* y mantiene incólume el principio de legalidad¹⁵⁷. La aplicación retroactiva de la ley penal responde al imperativo de adecuar la aplicación de la norma al cambio de valoración del legislador. Si destipifica una conducta, es evidente que los procesos e incluso las penas en ejecución queden sin efecto. Si introduce nuevas circunstancias atenuantes en una determinada conducta o modifica los elementos típicos de una conducta a favor del imputado, debe igualmente adecuarse el juicio de tipicidad a la nueva valoración.

Pero, en ambos casos, la reformulación del juicio de subsunción hecha por el juzgador está predeterminada por el legislador; responde a la modificación de un criterio de política criminal concretado en una ley formal y que los jueces deben aplicar interpretándola. Al respecto advierte Roxin que "...parece adecuado tomar como base de una sanción penal, la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo u otras circunstancias especiales no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho"¹⁵⁸. En esta línea sostiene que

"... ello responde a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de algunas leyes que han dejado de considerarse adecuadas"¹⁵⁹.

Esta afirmación se sustenta, desde otra perspectiva, en el hecho que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no se basa necesariamente en el principio de legalidad material que se satisface con que las leyes penales sean irretroactivas, sino que tiene una connotación político criminal que consiste en considerar inadmisibles imponer o mantener una sanción penal por un hecho que ya no es más delito, o una pena que no guarda relación con la menor gravedad que el legislador atribuye al delito por el que ha sido impuesta¹⁶⁰.

Ahora bien, ambos procedimientos responden al criterio político de distribución de roles dentro del Estado. El legislador cumple su rol tipificando delitos, modificando su contenido o sus consecuencias, regulando las instituciones penales, o destipificando conductas. El juez adecua al caso concreto, mediante la interpretación, los alcances de la nueva decisión legislativa, pero en modo alguno está autorizado a tomar una parte de la valoración legislativa para combinarla con la anterior valoración.

Esta división del trabajo debe continuar así, a pesar de que la delimitación entre legislación y jurisdicción se mueva en terreno poco firme y que el protagonismo de la ley se

157 URQUIZO, JOSÉ. (1993). "El principio de combinación en el nuevo Código Penal". En *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año I, N° I, p.257.

158 ROXIN, CLAUS. Ibidem, pp.166-167.

159 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. Ibidem, p.141.

160 Argentina: Sentencia de Casación 404; Caso Héctor Torea del 08 de noviembre del 2006.

encuentre en crisis¹⁶¹. Lo fundamental, a efectos penales, es redefinir la racionalidad de la ley, dotándola de contenidos más eficaces y aplicables por los jueces.

Por otro lado, la norma penal se expresa como un mandato de aplicación general y obligatoria. Su carácter vinculante y de aplicación general tiene eficacia en la medida que pueda ser conocida y comprendida por sus destinatarios. Por tanto, su sentido fundamental es el de motivar comportamientos en los ciudadanos¹⁶². Cumple una función de comunicación y, como tal, la comprensión de su contenido sólo se puede entender de manera integral y de acuerdo a un contexto. Constituye por tanto una liberalidad sustituir al destinatario de la norma primaria, asumiendo que esa función comunicativa se satisface con una aplicación parcial de normas; competencia de creación de leyes que no pertenece al juez¹⁶³.

Ello no significa que la prohibición de combinar leyes esté vinculada necesariamente a la salvaguarda de la garantía de vigencia de los derechos ciudadanos¹⁶⁴ pues el exceso de poder del juzgador no tiene por finalidad el desfavorecer al justiciable; en realidad, lo que se cuestiona es la inobservancia de la norma secundaria como mandato al propio juez que debe aplicar la norma sin desnaturalizarla.

Esta disociación de la norma resulta aún más disfuncional a los fines preventivos de la pena, toda vez que sólo puede obtenerse un fin útil si se aplica la norma como una unidad. Por ejemplo, si se aplicase una pena accesoria de una norma penal, dejando de aplicar una pena principal de la nueva norma por entender que es más favorable, no deja de tener una incidencia negativa en la pérdida del efecto preventivo general o especial perseguido con la nueva sanción¹⁶⁵. Si a ello se agrega que se aplique de manera combinada el supuesto de hecho más favorable de la anterior norma en desmedro del supuesto correspondiente de la nueva norma, no deja de desnaturalizarse el sentido de la nueva norma –entendida como una unidad- a cuyo supuesto de hecho se le asocia racionalmente una consecuencia jurídica.

No es aceptable, como se invoca en el Acuerdo, señalar que si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente- en el tiempo, resulte coherente y razonable que puedan combinarse para buscar un tratamiento más favorable al reo. Esto porque la autorización se vincula a necesidades de merecimiento de pena, de justicia material o de proporcionalidad pero que adquieren sentido por la aplicación total de la norma más favorable.

Asimismo, la mención que se hace en el Acuerdo Plenario del principio de necesidad de la intervención penal sólo puede atenderse si “las variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo” son aplicadas globalmente. Lo único que hace el juzgador al proceder de este modo, es recoger la nueva concepción jurídica del legislador, adecuando el nuevo régimen penal a favor del reo. En este caso, sí es consecuente con la limitación en el ejercicio del poder punitivo realizada por el legislador.

161 DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ. (2004). “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”. En *Revista de Ciencias Penales*, Nº 15. Lima, IDEMSA, p.155.

162 CARO JOHN, JOSÉ. (2005). “¿Combinación de leyes penales?” En *Anuario de Derecho Penal*. P.341.

163 QUINTERO, GONZALO. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Navarra, Aranzadi, p.164.

164 CARO JOHN, JOSÉ. Ibidem, p.335.

165 HASSEMER y JAKOBS refieren por el contrario que “en caso de leyes que contemplan diversas penas, es posible y debido aplicar la nueva pena principal, si es más favorable que la de la ley anterior, y simultáneamente dejar sin aplicación la pena accesoria que acompaña a esa nueva pena principal, pues ‘debe partirse de que cada reacción penal tiene su propio peso y, especialmente en relación con las penas principales y accesorias, su propia definición de objetivos...’”. Citados por ESER, ALBIN (1997), en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Comentar*. Vigésima quinta Edición. München, Beck, Año 2, Nº 34.

En este sentido, el combinar aspectos favorables de dos leyes penales implica redefinir las conductas punibles o sus consecuencias; tarea en la que la ley tiene la reserva absoluta. Por ende, si como se sostiene en un Acuerdo Plenario de fecha posterior, la voluntad de los jueces no puede ser equiparada a la voluntad de ley¹⁶⁶ ¿cómo puede admitirse que se desnaturalice "esta voluntad" superponiendo dos manifestaciones volitivas de momentos y concepciones diferentes?

166 Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 del 16 de noviembre del 2007.

CONCLUSIONES

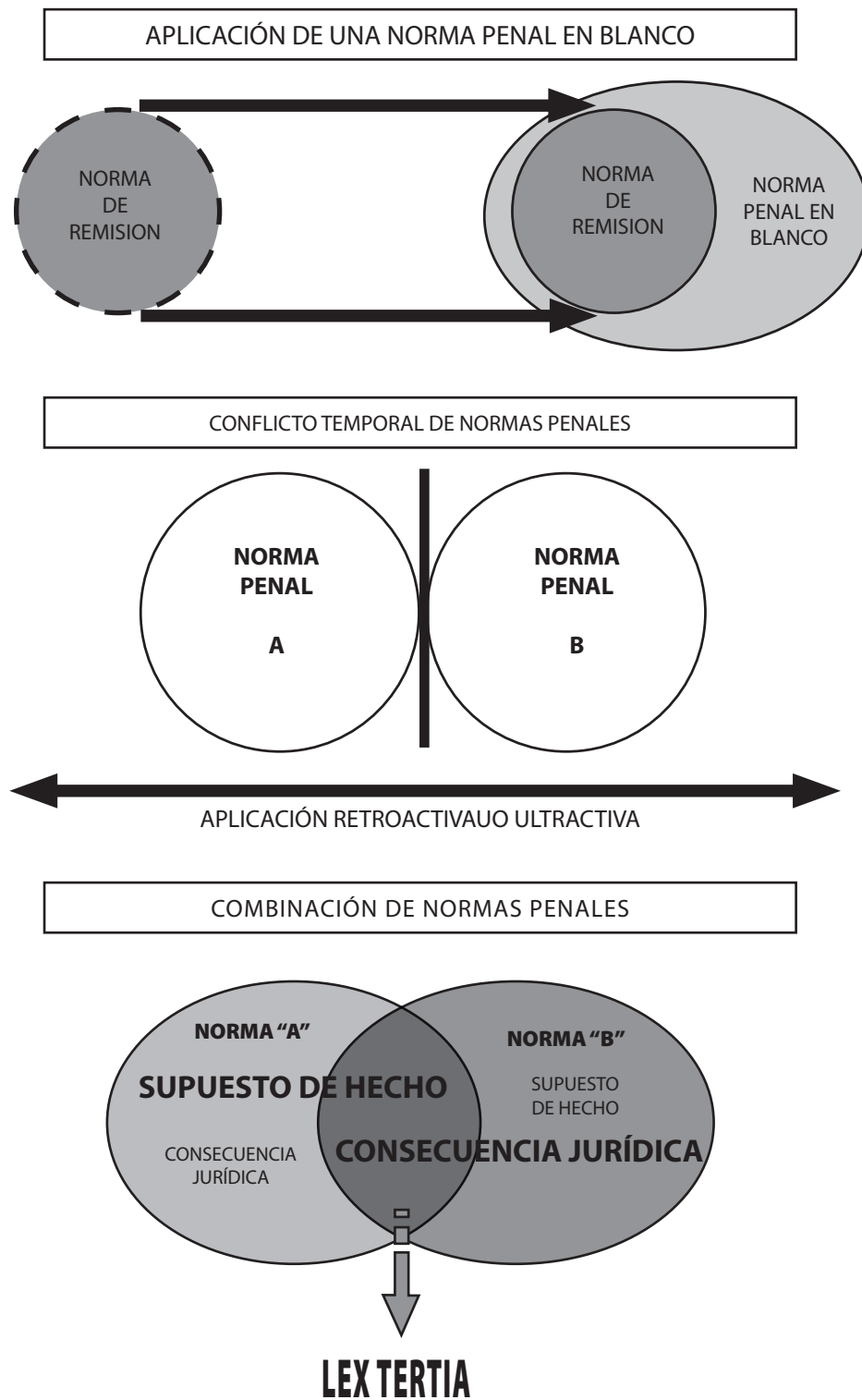
La finalidad perseguida por el Acuerdo Plenario en mayoría, al consagrar el principio de combinación de leyes, es ciertamente saludable. Esta decisión se inscribe dentro de la tendencia a posicionar a la jurisprudencia, dándole sentido concreto a la ley, generando con ello predictibilidad y certeza en las decisiones judiciales.

Sin embargo, esta postura se debilita si no se definen previamente los criterios formales y materiales que deben guiar la toma de decisión para asegurar su eficacia, su legitimidad secundaria y, sobre todo, su impacto en las demás instancias de la Magistratura.

Consideramos que existen sobradas razones dogmáticas y legales para exigir un replanteamiento del tema abordado. Al respecto, creemos que se han presentado argumentos históricos, gramaticales, comparados, lógicos, sistemáticos y teleológicos para asumir que las normas penales se deben aplicar en su totalidad como una sola estructura, incluso si existe la voluntad de favorecer al reo.

Por lo demás, la escasa aplicabilidad del principio combinatorio no tiene la relevancia suficiente como para sacrificar otros principios que son fundamentales para un derecho penal eficaz y respetuoso de las garantías.

GRÁFICO N°1



BIBLIOGRAFÍA

ANGELES GONZÁLES, FERNANDO y FRISANCHO APARICIO, MANUEL. (1996). *Código Penal. Comentado, concordado y anotado*. Lima, Ediciones Jurídicas.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá, Temis.

BRAMONT ARIAS - TORRES, LUIS. (1997). *Lecciones de la Parte General y el Código Penal*. Lima, Ed. San Marcos.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Obras completas. Tomo I. Lima, ARA, 600 p.

CARO JOHN, JOSÉ. (2005). "¿Combinación de leyes penales?". En: *Anuario de Derecho Penal*. p. 335.

CASTILLO ALVA, JOSÉ. "El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional, su alcance y valor en el derecho peruano". En: *Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal*. Ver www.unifr.ch.

CUERDA RIEZU, ANTONIO. *El principio de legalidad penal en clave constitucional*. Ver www.fcjs.urjc.es.

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. (2004). "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal". En: *Revista de Ciencias Penales*. Nº 15. Lima, IDEMSA.

ESER, ALBIN (1997), En *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Commentar*. Vigésima Quinta Edición. München, Beck, Año 2, Nº 34.

HURTADO POZO, JOSÉ. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera Edición. Lima, Grijley.

MAURACH, REINHART y ZIPF, HEINZ. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Séptima Edición. Buenos Aires, Astrea.

MIR PUIG, SANTIAGO. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta Edición. Barcelona.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. (2004). *Derecho penal. Parte General*. Sexta Edición. Valencia, Tirant lo blanch.

PAREDES JELIÓ, JOSÉ. (2008). *La predictibilidad jurídica y el precedente*. Lima, San Marcos.

PRADO SALADARRIAGA, VÍCTOR. (1996). *Todo sobre el Código Penal*. Tomo II. Lima, Idemsa.

SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON. (2008). "Sobre la aplicación de la *lex tertia*". En *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima, Grijley, pp.463-482.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Navarra, Aranzadi.

ROXIN, CLAUS. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Segunda Edición. Madrid, Civitas.

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. (2008). "La Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. El ámbito Penal". En: *Precedentes Vinculantes en Materia Penal*. Lima, Reforma.

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ. (1993). "El principio de combinación en el nuevo Código Penal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año I, N° I, p.257.

VILLA STEIN, JAVIER. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Tercera Edición. Lima, San Marcos.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Grijley.

ZAFFARONI, EUGENIO. (1990). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas.

TERCER PUESTO

“ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL PERÚ.

DE CÓMO UN CONJUNTO
DE SENTENCIAS NO HACEN
JURISPRUDENCIA “

Dr. Luis Genaro Alfaro Valverde

*Dedicado a Kelly Cabanillas Oliva,
en gratitud a su apoyo y amor por siempre.*

“No os conforméis a este mundo, sino transformaos por medio de la renovación
de vuestro entendimiento, para que comprobéis cuál es la buena voluntad de
Dios, agradable y perfecta”.

Romanos 2:2

Sumilla de la Hoja de Vida del Dr.

LUIS GENARO ALFARO VALVERDE

Abogado por la Universidad Privada San Pedro (Chimbote) y Egresado de la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es Egresado del VII Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados (PROFA) de la Academia Nacional de la Magistratura. Ha cursado un Diplomado en Docencia Universitaria por la Universidad Nacional de Trujillo; y diversos Diplomados en Derecho Civil Empresarial, Derecho Civil y Procesal Civil, Derecho Procesal Civil, Nuevo Código Procesal Penal y Técnicas de Litigación Oral, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Asimismo ha llevado un Curso de Especialización a Distancia en Derecho Orgánico.

En el 2008 obtuvo el Primer Puesto en el Concurso Nacional de Artículos organizado por el Centro de Investigaciones Judiciales (CIJ) del Poder Judicial, con el texto “Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones familiares” y es autor de diversos artículos y ensayos publicados en revistas jurídicas peruanas.

El Dr. Alfaro Valverde ha sido docente en diversas materias del derecho en la Universidad Privada San Pedro y actualmente se desempeña como Juez Suplente del Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa.

INTRODUCCIÓN

¡MUCHA PRUDENCIA CON LA JURISPRUDENCIA!

Desde hace mucho tiempo se ha dicho que el ordenamiento jurídico peruano forma parte de un macro sistema jurídico o “familia jurídica”⁽¹⁶⁷⁾, el cual comprende a la mayoría de países de Latinoamérica y de Europa Occidental. Específicamente se ha precisado que formamos parte del denominado sistema romano-germánico⁽¹⁶⁸⁾ o denominado también en el derecho comparado como del *civil law*, en virtud del cual los países que siguen esta misma especie de cobertura jurídica tienen (entre otras características) como principal fuente de regulación e interpretación a la “Ley”⁽¹⁶⁹⁾ quizás por ello algunos juristas suelen referirse a tal situación como “sistema legal”⁽¹⁷⁰⁾.

De esta manera, al presentarse algún vacío o defecto en la ley, es ella misma la que tendrá que otorgar una serie de reglas de aseguramiento de la plenitud jurídica, mediante la aplicación de las reglas de enlace, exclusión, competencia circunscrita y finalmente los modos de integración, entendiendo a esta última regla como que sirve de última fuente de solución para cubrir o llenar las lagunas normativas. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 3 del Código Procesal Civil nos “sugiere” que frente a tal vicisitud normativa recurramos a los principios generales del derecho procesal, a la doctrina y finalmente a la jurisprudencia.

De esta forma el legislador ha considerado a la jurisprudencia como un tercer instrumento para cubrir “algunos” problemas de defectos o vacíos en la ley⁽¹⁷¹⁾, y además como una herramienta hermenéutica a la que se podrá acudir. En efecto, una laguna normativa puede tener cobertura a través de la jurisprudencia; en cualquier caso, hasta que no se expida una norma legal que regule tal vacío, ello se impone además como fundamental, pues el ordenamiento jurídico “debería” tener la capacidad de dar respuesta a todas las controversias intersubjetivas, aun cuando éstas no cuenten con una regulación normativa expresa.

167 La expresión “familias jurídicas” es utilizada por el jurista EDUARDO COUTURE para referirse a los sistemas jurídicos; afirmando acertadamente que “La ordenación de los sistemas jurídicos vigentes en la actualidad se va realizando por sucesivos esfuerzos de la doctrina del derecho comparado.” COUTURE, EDUARDO. (2005). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta Edición. Montevideo –Buenos Aires, Bdefe, p.11.

168 Así lo ha sostenido el mismo Tribunal Constitucional Peruano al afirmar que “Nuestro ordenamiento jurídico pertenece al Sistema del Derecho Civil o latino, y, como tal, a diferencia del *Common Law*, se basa en el derecho escrito y codificado.” Caso Colegio de Abogados del Lima, Exp. N° 01-97-AI/TC, fundamento 4. Diario Oficial “El Peruano” del 06 de marzo del 2002.

169 Tal concordancia entre el sistema jurídico y su primordial fuente es apreciada en el Caso Ernesto Calli Chino, en el voto singular del Magistrado ETO CRUZ, fundamento 2: “Así, nuestro ordenamiento jurídico es uno que se construye sobre la base del sistema romano germánico, el cual tiene como principal fuente del derecho a la ley.” - subrayado nuestro- STC. N° 05406-2006-PA/TC, Diario Oficial “El Peruano” del 09 de noviembre del 2008.

170 MONROY GÁLVEZ, refiriéndose al sistema del *Civil Law* y su inmediata generación de un sistema legal, señala lo siguiente: “En el *civil law* se trata de la creación de un sistema legal que contiene patrones de conducta social genéricos y abstractos, presuntamente expresiones de los criterios de justicia, equidad, oportunidad y conveniencia existentes en la sociedad”. MONROY GALVEZ, JUAN. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Lima, Temis, p. 66.

171 Cfr. HART, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford, p. 89 y ss.

Sobre este peculiar punto, el inciso 8 del artículo 139⁽¹⁷²⁾ de la Constitución Política del Perú obliga al juez a no dejar de administrar justicia⁽¹⁷³⁾ en caso de defecto o vacío de la ley, exhortándole a cubrir tales eventualidades en los que incurra la ley, pues se encuentra frente al imperativo de administrar justicia. Con ello se garantiza la plenitud del ordenamiento jurídico⁽¹⁷⁴⁾ que cuenta con la citada jurisprudencia (entre otras fuentes normativas con rango distinta a ley como la costumbre, principios generales del derecho y la doctrina), para que pueda convertirse en hermético y completo.

En este sentido, deviene en necesario notar en el panorama actual el trascendente papel que viene asumiendo la jurisprudencia⁽¹⁷⁵⁾ como fuente de derecho⁽¹⁷⁶⁾ para la solución de los casos concretos, que son producidos tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional. De manera que ha dejado de ser el "patito feo" al que poco o nada recurrían los Juzgadores o cualquier operador del derecho, pues la mayoría de intérpretes del derecho hablaban de un análisis legal y a lo mucho de una interpretación doctrinal, pero pocos fueron los que hubieran osado pensar en una interpretación jurisprudencial, con la excusa (entre otras muchas) que no es propio del sistema jurídico al que pertenecemos, sino del sistema anglosajón o del *common law*⁽¹⁷⁷⁾.

En la actualidad, luego de un no tan largo tiempo, la jurisprudencia ha pasado de ser el "patito feo" de las fuentes de derecho usadas principalmente por los Tribunales de Justicia, a convertirse en un (aparentemente) hermoso "cisne" que nos seduce con su efectividad al momento de hacer una interpretación más cercana a la realidad y no tan teórica, el cual viene teniendo eficaces resultados no sólo al administrar justicia constitucional por el Tribunal

172 "Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley".

173 Sobre esta inadmisibles situación, GIORGIO DEL VECCHIO señala lo siguiente: "(...) nuestro ordenamiento jurídico vigente, el cual, como es sabido, prohíbe al magistrado que pueda negarse a fallar 'bajo ningún pretexto, ni aún a causa del silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley'. DEL VECCHIO, GIORGIO. (2006). *Los Principios Generales del Derecho*. Lima, ARA, p. 36.

174 La denominada "plenitud jurídica" es aquel principio o criterio jurídico emanado del análisis sistémico del ordenamiento jurídico, por el cual todo hecho de implicancia intersubjetiva se encuentra sometido al ordenamiento jurídico, aun cuando no haya alcanzado regulación preceptiva. De este sentido, la plenitud jurídica no debe ser entendida como que el ordenamiento jurídico positivo sea completo, toda vez, que como ha expresado DEL VECCHIO: "es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros". DEL VECCHIO, GIORGIO. Op. cit. p. 36. En conclusión, la plenitud jurídica se trata de aquella capacidad definitiva para encontrar respuestas a todas las controversias, pese a que no todas tengan respuestas expresamente regulada por una norma jurídica. Caso José Claver Nina-Quispe Hernández Expediente Nº 047-2004-AI-TC, fundamento 2.2.2: "El ordenamiento es completo en el sentido de que el Estado garantiza que todo conflicto de intereses que se presente tendrá una solución, aunque para ello se tenga que razonar a base de elementos ajenos al derecho positivo." Diario Oficial "El Peruano" del 13 de mayo del 2006.

175 La jurisprudencia, como instrumento hermenéutico es entendida como "(...) la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...)." MORELLO MILLAN, FRANKLIN. (2002). *La Jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho*. Bogotá, Ed. Leyer, p.33.

176 Respecto a la expresión de fuentes de derecho o sistemas de fuentes de derecho se debe entender lo siguiente: "(...) se habla de fuentes del Derecho desde el punto de vista jurídico-positivo para aludir a los modos de creación del Derecho (...) lo que aquí interesa es la identificación de los modos de producción del Derecho objetivo (...)". BETEGON, JERÓNIMO; GASCÓN, MARINA; DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN y PRIETO, LUIS. (1997). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, Mc Graw-Hill, p.205.

177 En cuanto al concepto de la expresión *common law* el jurista argentino CABANELLAS sostiene que: "Esta expresión inglesa significa literalmente ley o Derecho Común; y así se denomina el derecho consuetudinario inglés. Castillo y Alonso lo define como 'conjunto de prácticas, costumbres y observancias que da vida la conciencia jurídica del pueblo inglés; y que, constituyendo la fuente más interesante y copiosa de su Derecho, se exterioriza mediante declaraciones del Parlamento y, más singularmente de tribunales de justicia' CABANELLAS, GUILLERMO. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II C-H, Vigésimo Séptima Edición. Buenos Aires, Heliasta, p.221.

Constitucional en la defensa y restitución de los derechos fundamentales; sino también cuando estamos frente a las más variadas y particulares controversias a nivel de derechos infraconstitucionales por el Poder Judicial; teniendo en cuenta que es el primer garante de los derechos fundamentales en cada caso concreto que resuelva⁽¹⁷⁸⁾.

Pese a tal reconocimiento y prestigio alcanzado consideramos que para hacer un adecuado uso de la jurisprudencia interna, sobre cualquier tema en particular, debemos ser muy cautelosos⁽¹⁷⁹⁾ y no dejarnos guiar fácilmente por cualquier pronunciamiento jurisdiccional; toda vez que no todo pronunciamiento jurisdiccional, a pesar de ser emitido por el órgano de más alta jerarquía del Poder Judicial⁽¹⁸⁰⁾, puede ser considerado técnicamente como jurisprudencia o, dicho de otra manera, no todo conjunto de sentencias (discordantes) hacen jurisprudencia, sino por el contrario las uniformes.

En este sentido, como se conoce, las diferentes Salas de la Corte Suprema de la República (generadores y responsables de la jurisprudencia) tristemente no tienen criterios uniformes en diversos temas comunes. Inclusive en muchos casos, en vez de guiar y encaminar correctamente al juzgador, ocasionan un efecto inverso, esto es, con todo respeto, generan una seria confusión con la emisión de pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios e incoherentes; por ello debemos ser muy cuidadosos al momento de hacer un análisis jurisprudencial de algún tema en particular, pues no todo lo que brilla es oro.

Lo lamentable al incurrir en dichas equivocaciones son sus repercusiones o efectos prácticos que no sólo se restringe al plano de teórico (cuanto quisiéramos), sino que trasciende a la praxis judicial a las realidades jurídicas (que, por cierto, no está dispuesta a soportar equivocaciones), pues no se trata de simples teorías o posiciones jurídicas (¿cómo pueden hacer daño las diversas maneras de pensar?), sino que esas acertadas o equivocadas tendencias jurisprudenciales o formante jurisprudencial, influyen con bastante intensidad al momento de administrar justicia por los juzgadores.

178 Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional, bajo los siguientes términos:“(…) Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales y ejercer el poder punitivo del Estado, canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.”-subrayado nuestro- En el Caso Poder Judicial contra Poder Ejecutivo. Exp. Nº 0004-2004-PC/TC, fundamento 32. Extraído de la Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>, consultada el 16 de febrero del 2009.

179 En este sentido, debemos tener mucha prudencia, pues es justamente de donde la *prudentia iuris*: jurisprudencia toma parte de su nombre, toda vez que la prudencia estaba representada por ARISTÓTELES como la: “obra más propia del prudente es de deliberar bien; pero nadie delibera sobre las cosas que no pueden ser de otro modo”. ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Capítulo VI, 7 1141b, p. 9.

180 La palabra “jurisprudencia” posee diferentes acepciones: significa conocimiento del derecho, ciencia del derecho, teoría del orden jurídico positivo o doctrina jurídica y, finalmente, significa principios generales emanados de los fallos uniformes de los tribunales de justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; siendo este último concepto jurídico el más acertado en lenguaje forense actual. Cfr. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, p.68.

CAPÍTULO I

UN PROBLEMA MÁS EN LA JURISPRUDENCIA

Luego de la anticipada y necesaria advertencia en torno al tratamiento e interpretación de la jurisprudencia en general, y en particular la generada por los Tribunales Peruanos, corresponde precisar el objeto central materia de análisis crítico del presente trabajo. Para ello, hemos considerado de manera cuidadosa y discrecional un tema realmente controversial vinculado con el Derecho de Familia, más específicamente referido a uno de los efectos patrimoniales del divorcio y/o separación de cuerpos, derivado de la causal de separación de hecho; nos estamos refiriendo al no tan antiguo pero no por ello menos debatido tema de la “indemnización en caso de perjuicio” derivada de la causal de la separación de hecho, regulada en el artículo 345 inciso a) del Código Civil Peruano.⁽¹⁸¹⁾

Así, pretendemos mostrar las no tan antiguas y aquellas nuevas jurisprudencias existentes en torno al tema escogido y con ello demostrar las paradojas en las que se viene incurriendo cada vez que se emite un pronunciamiento jurisdiccional en torno a dicho tema. Justificamos tal elección no solamente por lo debatible en el plano teórico en sede nacional como en el derecho comparado, sino esencialmente por las repercusiones reales que ocasiona la jurisprudencia al juzgador⁽¹⁸²⁾ (responsables de administrar justicia en cada caso concreto). Además, hemos de precisar que tal situación se debe también a su innegable precariedad en el desarrollo legislativo (norma objetiva) y al casi inexistente análisis a nivel doctrinal en sede nacional⁽¹⁸³⁾, pues a lo mucho el debate doctrinal se ha centrado en análisis de la causal

181 En este sentido, pocos fueron los juristas que objetaron la importación jurídica de la “separación de hecho” como nueva causal del divorcio y/o separación de cuerpo y con ello el establecimiento de la concepción o teoría del divorcio - remedio en el Derecho de Familiar Peruano, pero ni el más incrédulo se hubiera imaginado que tal figura jurídica ocasionaría una serie de inconvenientes en su interpretación doctrinal y esencialmente en su aplicación por los juzgadores debido una variada y contradictoria jurisprudencia. No obstante, se debe precisar que desde un principio el recordado maestro CORNEJO CHÁVEZ se pronunció contrario a la posibilidad del divorcio unilateral, avizorando las distintas complicaciones que podría ocasionar su introducción al ordenamiento jurídico y, entre otras razones porque crearía un gravísimo precedente en la jurisprudencia. CORNEJO CHAVEZ, HÉCTOR. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 348-353.

182 El término “juzgador” es según nuestra consideración el más completo que posee a la vez un sentido objetivo, pues comprende al Órgano Jurisdiccional y un sentido subjetivo referido al titular de dicho órgano. Cfr. ALCALÁ y ZAMORA. (1972). *Cuestiones de Terminología*. México, UNAM, pp. 220-222.

183 Entre los pocos comentarios sobre el tema analizado encontramos a OSTERLING PARODI, FELIPE y CASTILLO FREYRE, MARIO. *Responsabilidad Civil derivada del Divorcio*, en la Web: www.castillofreyre.com consultada el 15 de febrero del 2009; y MOSQUERA VASQUEZ, CLARA CELINDA. (2006). “Indemnización y alimentos del cónyuge perjudicado con la separación de hecho”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol 12. N° 94. Lima, Gaceta Jurídica, julio de 2006. De nuestra parte hemos contribuido con la doctrina nacional con algunos artículos en donde desarrollamos extensamente algunas de las deficiencias en su desarrollo sustantivo y procesal; al respecto puede consultarse: ALFARO VALVERDE, LUIS. (2008). “El ser y el Deber Ser de la denominada ‘indemnización en caso de perjuicio’, derivada de la causal de separación de hecho. Algunas notas en torno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 123. Lima, Gaceta Jurídica, diciembre del 2008, pp.147-155 y “Análisis Procesal del requisito ‘estar al día en la obligación alimentaria’, para invocar la causal de separación de hecho”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 124. Lima, Gaceta Jurídica, enero del 2009, pp. 201-209.

de separación de hecho⁽¹⁸⁴⁾ pero poco se ha incursionado en la indemnización derivada de dicha causal lo que en efecto ocasiona que los Tribunales nacionales, mediante una serie de jurisprudencias (desde su aparición normativa hace más de ochos años) vienen intentado explicarlo y describirlo (como han podido); no obstante, consideramos que los resultados no son óptimos, como veremos *a posteriori*.

También intentaremos explicar los aciertos y los garrafales deslices en que incurre la jurisprudencia, desde la aparición del citado instituto jurídico en el ordenamiento jurídico nacional mediante la Ley N° 27495, en virtud del cual el legislador la introdujo conjuntamente con la causal de separación de hecho para la separación de cuerpos y/o divorcio. De este modo, analizaremos, en primer orden, el tema vinculado con su naturaleza jurídica y de cómo los Tribunales nacionales en forma inadecuada suelen asociarla rápidamente (sin hacer una acucioso análisis) con la institución de la "responsabilidad civil".

Al respecto, plantearemos nuestra posición sobre este particular en forma coadyuvante, no quedándonos simplemente en la pura crítica sino descubriendo su verdadera naturaleza jurídica para así develar la máscara o antifaz que en cierto modo la jurisprudencia y doctrina (responsabilidad solidaria) le vienen colocando a este particular tipo de indemnización, pues la realidad jurisprudencial no nos permite identificar su verdadera naturaleza jurídica; situación que por lo demás conlleva a inexactas interpretaciones por los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía como son los Jueces de Familia o lo Salas Especializadas de Familia.

Además, apoyados del derecho comparado, mostraremos las virtudes y falencias en relación a su tratamiento legal y cómo viene interpretando la jurisprudencia nacional haciendo un contraste con la jurisprudencia comparada, a fin de mostrar algunas mejores y más eficientes salidas en los casos concretos que redundarían en los usuarios finales, que vienen a ser los ciudadanos a quienes los Tribunales de Justicia se deben como garantes de las libertades⁽¹⁸⁵⁾; esto es, ser más que intérpretes y aplicadores del derecho.

184 Así, puede consultarse: CABELLO MATAMALA, CARMEN JULIA. (2001). "Divorcio ¿Remedio en el Perú?" En *Derecho PUCP*. N° 54, y Comentario inciso 12 artículo 333 del *Código Civil Comentado*. Tomo II. Gaceta Jurídica, 2003; MIRANDA CANALES, MANUEL. *Nuevas Causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporados por la ley 27495*; PLÁCIDO, ALEX. (2001). *Divorcio*. Lima, Gaceta Jurídica, y "La separación de hecho: ¿Divorcio culpa o divorcio remedio?, Análisis y crítica jurisprudencial". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2003; MESINAS MONTERO, FEDERICO G. (2005). "La separación de hecho y el divorcio inviable". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol 10, N° 76. Lima, Gaceta Jurídica, enero del 2005; SUAREZ FARFAN, ANA VICTORIA. (2007). "Divorciarme!... Por la causal de ¿separación o abandono de hecho? Aproximación a la incompatibilidad normativa generada por la introducción de la separación de hecho en la lista de causales de divorcio". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol 13. N° 109. Lima, Gaceta Jurídica, octubre del 2007; MOSQUERA VASQUEZ, CLARA CELINDA. (2006). "Indemnización y alimentos del cónyuge perjudicado con la separación de hecho". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol 12. N° 94. Lima, Gaceta Jurídica, julio del 2006. Asimismo, unos recientes trabajos de análisis jurisprudencial en torno a las causales de divorcio y separación de cuerpos en donde también se hace un estudio del tema de la citada indemnización, se pueden apreciar en los siguientes textos: VARSİ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. (2007). *Divorcio y Separación de Cuerpos*. Lima, Grigley, pp.101-106 y PLACIDO VILCACHAGUA, ALEX. (2008). "Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 55-61.

185 Veamos algunas de las declaraciones internacionales de derechos, en donde se resalta y protege el principio – derecho de todo ser humano denominado "libertad": a) Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia 26 de agosto de 1789). Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. b) Declaration of Independence 1776. Estado Unidos de Norte América. "Que todos los hombres han sido creados iguales y que han sido dotados por el creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la persecución de la felicidad..."

También, en tanto que el legislador no ha proporcionado un concepto legal, procederemos a exponer algunos conceptos o nociones del instituto jurídico en estudio desde la doctrina comparada, teniendo como criterio guía su prístina naturaleza jurídica. De esta manera nos arriesgaremos a bosquejar un concepto doctrinal que sirva de apoyo a los juzgadores a entender con mayor claridad esta figura jurídica.

Finalmente, nos encargaremos de analizar las diversas características que emanan de él y que lo identifican como un instituto jurídico sui géneris, precisando aquellas particularidades que lo hacen diferente a cualquier otro tipo de indemnización existente en el ordenamiento jurídico nacional y que aparentemente se le asemejan; resaltando el hecho que a nivel jurisprudencial y a nivel doctrinal existe mucha incertidumbre y una serie de fluctuaciones tanto de orden sustantivo como de análisis procesal, que esperamos sean despejadas en el presente trabajo, que busca contribuir modestamente con los generadores de jurisprudencia a fin de que tengan mayores elementos o fundamentos al momento de resolver los casos concretos.

CAPÍTULO II

LEY VS. JURISPRUDENCIA ¿QUIÉN GANARÁ?

Si bien en rigor de términos no es el objetivo del presente trabajo hacer un análisis legal del instituto de la indemnización derivada de la causal de separación de hecho sino fundamentalmente jurisprudencial, nos vemos en la imperiosa necesidad de hacer un estudio crítico (al menos superficial) de las más saltantes deficiencias en el desarrollo o tratamiento legal y su correlato con la jurisprudencia nacional y comparada. Esto nos servirá para, en cierto modo, entender y comprender (si se quiere) los múltiples problemas que tiene el juzgador al momento de resolver los casos concretos, no sólo en el derecho interno sino también en el internacional.

Además, se debe tener en consideración que la figura en estudio no se encuentra regulada en algunos ordenamientos jurídicos⁽¹⁸⁶⁾, puesto que éstos consideran que no es necesario. Diversas son las críticas contra la viabilidad del estudiado tipo de indemnización pues se dice, entre otras razones, que la procedencia de dicho resarcimiento implicaría que frente a un mismo hecho se sancionaría dos veces al responsable, debido a que la reparación estaría configurada por la pensión alimentaria que debe cumplir el cónyuge declarado culpable a favor del inocente cuando se da la situación que contemplan las normas legales para su procedencia; sin embargo, es comprensible tal afirmación toda vez que es establecida por su asociación con el instituto de la responsabilidad civil; no obstante, como veremos, la institución nacional tiene una naturaleza jurídica muy particular.⁽¹⁸⁷⁾

2.1. UN POCO DE COMPARACIÓN JURÍDICA

Para el Derecho de Familia Peruano esta institución resulta relativamente nueva, es decir en cuanto a sus peculiaridades que la diferencian de otros tipos de resarcimiento para otras causales de divorcio o para la nulidad de matrimonio; no es menos cierto que en el derecho comparado tiene una larga data y se encuentra regulado en diversos ordenamiento

186 Como por ejemplo en Argentina, no se encuentra regulada la indemnización por divorcio por causal de separación de hecho, por lo que en algunas ocasiones es la jurisprudencia la llamada a desarrollarlo. Al respecto, cierta parte de la doctrina ha manifestado que se aplicaría supletoriamente la previsión establecida para el caso de nulidad de matrimonio, regulada en el artículo 225 del Código Civil Argentino (Ley Nº 340): "Artículo 225.- El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia. Modificado por: Ley Nº 23.515 artículo 1 (Sustituido. (B.O. 12 de junio de 1987).)"

187 Otra de las razones (guiadas por esta nublada corriente de pensamiento), se circunscribe en la afirmación de la especialidad del Derecho de Familia y su inaplicabilidad en ese ámbito, de normas generales de responsabilidad que no habrían sido dictadas para supuestos como el del matrimonio, tendencia seguida especialmente por la doctrina argentina, para tal caso puede consultarse: BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo I; y *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio*. E. D., p. 147-813; LLAMBÍAS, JORGE J. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Tomo I; CIFUENTES, SANTOS. (1990). "El divorcio y la responsabilidad por daños". En: *Ius et Praxis*. Nº 15, junio 1990, p.61; BELLUSCIO, AUGUSTO y EDUARDO ZANNONI. (1983). *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, p.19.

jurídicos con diferentes matices⁽¹⁸⁸⁾. También es posible notar que a diferencia de nuestro ordenamiento legal (con todas sus deficiencias), su manejo legal es muy disímil y variado; incluso existen países en donde se prescinde de su tratamiento como sucede en Argentina, tal como lo hemos puesto de manifiesto; sin embargo, este hecho no ha sido óbice para que vía jurisprudencial dicha pretensión sea viable y eventualmente estimada.

Ahora bien, corresponde en este punto únicamente referirnos a los principales modelos jurídicos del derecho comparado que han tenido vital influencia en el tratamiento y desarrollo de la indemnización analizada, entre los cuales tenemos al modelo francés, italiano y principalmente al modelo español que tiene un tratamiento pormenorizado de esta figura como veremos a continuación.

Así, se sabe que tiene como antecedente y principal fuente de inspiración a la *prestation compensatoire* del Derecho Francés, cuya finalidad es compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida de ambas partes⁽¹⁸⁹⁾, muy similar al caso peruano. Sobre esta particular institución Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga ha manifestado

"(...) se fija esta prestación según las necesidades del acreedor y los medios del deudor, tomando en consideración la situación existente en el momento del divorcio y su evolución y en un futuro previsible (artículo 271 CC), y teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 272. Esta relación no constituye una enumeración exhaustiva, ya que el texto legal utiliza la expresión 'principalmente' antes de detallarlas."⁽¹⁹⁰⁾

Igualmente, el instituto en estudio tiene su fuente en la denominada *assegnazione per divorzio* en el Derecho Italiano. La Ley del 01 de diciembre de 1970 regula en su artículo 5⁽¹⁹¹⁾ la pensión entre los cónyuges después del divorcio. Para su determinación se tienen en cuenta los motivos de la ruptura, las condiciones económicas de ambos y la contribución de cada uno de la vida familiar y a la formación del patrimonio. El juez, al igual que en España, sólo puede establecerla en forma de pago periódico.

Finalmente, como suele suceder en muchas otras instituciones jurídicas de nuestro país, encontramos a una institución semejante en el Derecho Español, concretamente la consagrada

188 Examinando el derecho comparado, se aprecia que una institución semejante a la analizada se encuentra prevista por los artículos 288 y ss. del Código Civil Federal de México; además por los artículos 270 y ss. del Código Civil Francés; artículos 61 y ss. de la Ley N° 19.947 Ley del Matrimonio Civil Chilena y artículos 97 y ss del Código Civil Español, entre otros cuerpos normativos de distintos países que reglamentan el instituto estudiado

189 El artículo 270 del CODE señala lo siguiente: "Salvo cuando se pronuncie en razón de la ruptura de la vida común, el divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el artículo 212 del CC; pero uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas"

190 ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. (2003). *La Pensión Compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*. Segunda Edición. Valladolid, Editorial Lex Nova, p.85.

191 Artículo 5 de la ley del 01 de diciembre de 1970, párrafos 4 y 5: "Con la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el Tribunal dispondrá, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y los motivos de la edición a sus bienes y rentas propias. Para determinar la asignación el juez tendrá en cuenta la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio de ambos. Previo acuerdo de las partes, la contraprestación podrá hacerse en un solo pago. La obligación de pagar la asignación cesa si el cónyuge que debe ser abonado pasa a nuevas nupcias."

en el artículo 97 del Código Civil⁽¹⁹²⁾; una pensión que la doctrina y jurisprudencia⁽¹⁹³⁾ española denominan “pensión compensatoria” y que es conceptuada como

“...aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”.⁽¹⁹⁴⁾

En este último caso, por ser la más semejante a la figura nacional, nos detendremos en precisar que tal institución (pensión compensatoria) fue recogida por el legislador español⁽¹⁹⁵⁾ de 1981, la misma que sigue los modelos de derecho comparado antes mencionados, como el francés, el italiano e inclusive el inglés.⁽¹⁹⁶⁾

En este sentido, podemos sostener que la doctrina y jurisprudencia española se han uniformizado en el sentido de descartar la naturaleza alimenticia de la pensión compensatoria, remarcando su carácter indemnizatorio. Sobre este parecer el jurista Sánchez Pedrero cita una sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 29 de junio de 1988 en donde se afirma que la naturaleza de la pensión compensatoria “no es alimenticia sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o del divorcio y sin vinculación con ninguna idea de la responsabilidad por culpa”⁽¹⁹⁷⁾.

192 “Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias: 1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges. 2. La edad y estado de salud. 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4. La dedicación pasada y futura a la familia. 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6. La duración del matrimonio y la convivencia conyugal. 7 La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

193 Nótese algunas de sus peculiaridades en la siguiente sentencia: “El artículo 97 del Código Civil Español contiene una doble comparación: una temporal, consistente en que el reclamante esté en una situación económica inferior a la mantenida durante la subsistencia del matrimonio; y una personal, pues quien reclama debe hallarse en una situación económica inferior a la del otro cónyuge. Sólo la combinación de ambas condiciones comparativas permite la obtención de la pensión compensatoria”. Sentencia A.T. de Palma de Mallorca del 27 de octubre de 1983, RGD, abril 1984, p. 925, citada en CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. Barcelona, Bosch, p. 66, nota 103.

194 CAMPUZANO TOMÉ, H. Op. cit. p. 26.

195 Para un mayor y detenido estudio sobre la figura española de la “pensión compensatoria” se puede consultar: ROCA TRIAS, ENCARNIA, en AMOROS GUARDIALA, MANUEL (a cura di). (1984). *Comentario a las reformas del derecho de familia*. Tomo I. Madrid, p.169; y MEORO, CLEMENTE M. en LOPEZ, A.M. (a cura di). (1997). *Derecho de familia*. Valencia, p. 175.

196 GARCÍA RUBIO, M. (1995). *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Madrid, Civitas, p.141.

197 SÁNCHEZ PEDRERO, A. (2003). *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*. Valencia, Tirant lo blanch, p.139

2.2. Y EN EL PERÚ ¿CÓMO FUNCIONA?

En el Perú, tal como hemos precisado, mediante Ley N° 27495⁽¹⁹⁸⁾ se agrega al supuesto de separación de hecho la denominada "indemnización en caso de perjuicio" (al menos así se encuentra sumillado el enunciado legal), tratado específicamente en el segundo párrafo del artículo 345 inciso a), el cual se encuentra debidamente desarrollado de la siguiente manera:

"El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder."

Respecto al fundamento de la figura jurídica en estudio, tanto la doctrina nacional como la comparada son unánimes en afirmar que la causal de separación de hecho⁽¹⁹⁹⁾ como la indemnización agregada a ella, están edificadas sobre la teoría del divorcio-remedio,⁽²⁰⁰⁾ en virtud del cual se prescinde de toda búsqueda de algún cónyuge inocente o si acaso culpable que es propio de la concepción de divorcio-sanción. Por el contrario, desde la concepción del divorcio-remedio la indemnización examinada, lo que realmente pretende, más que buscar culpables es salvaguardar la estabilidad económica del cónyuge perjudicado; homogeneidad, que también parece advertirse en la Corte Suprema de Justicia del Perú, como es de verse en los siguientes pronunciamientos jurisdiccionales:

"(...) la inclusión en la normatividad sustantiva de la causal de divorcio por la separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, por su naturaleza resuelven un conflicto y no sancionan al culpable de éste; en este sentido, debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges;"-el subrayado es nuestro-⁽²⁰¹⁾

"(...) ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge-culpable y de un cónyuge-perjudicado y, en tercer lugar, que a través de esta causal es

198 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 07 de julio del 2001, y entró en vigencia el 08 de julio del mismo año.

199 La jurisprudencia ha conceptualizado a la causal de la separación de hecho, bajo los siguientes términos: "(...) la separación de hecho, como causal de divorcio se conceptúa como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de los ellos o de ambos. (...)". CAS. N° 784-2005-LIMA. Diario Oficial "El Peruano" del 14 de marzo del 2006.

200 Resulta por demás esclarecedora la explicación que hace el jurista francés JEAN CARBONNIER sobre las diferencias de las tendencias o concepciones del divorcio-sanción y divorcio-remedio, respecto de las cuales manifiesta que: "(...) caben, con relación al divorcio, dos actitudes por parte del legislador. La primera consiste en atribuir al mismo la calidad de una sanción, por entender que todo divorcio comporta la existencia de una falta y, por ende, sólo hay lugar a la disolución vincular cuando exista un cónyuge inocente y otro culpable, víctima de la infracción imputable al primero. La otra posibilidad reside en la concepción del divorcio a la manera de un remedio que trata de poner fin a una situación cuya continuación se hace imposible, y que evidencia la quiebra de la unión matrimonial (imputable tanto a infracciones de los cónyuges como a acaecimientos fortuitos), todo lo cual conduce a configurar las causas de divorcio como circunstancias enteramente objetivas (...)". CARBONNIER, JEAN. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol II. Traducción de Manuel M. Zorrilla Ruiz. Barcelona, Bosch, p. 159.

201 CAS. N° 2190-2003-SANTA. Diario Oficial "El Peruano" del 30 de septiembre del 2004.

posible que el accionante funde su pretensión en hechos propios, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el artículo trescientos treinticinco del Código Civil"- subrayado nuestro-⁽²⁰²⁾

No obstante, resulta innegable que todavía no existe una completa uniformidad en cuanto a tal parecer, pues algunas Salas de la Corte Suprema suelen confundir tal disquisición elemental, confundiendo conceptos de cónyuge-inocente y cónyuge-perjudicado que emanan de distintos fundamentos⁽²⁰³⁾.

Al mismo tiempo, cabe resaltar que el hecho que la causal de separación de hecho se sustente en la teoría del divorcio-remedio da pie a que cualquiera de los cónyuges pueda accionar y con ello se pueden presentar una serie de variantes, tal como se advierte en el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema:

"En ese marco (descartados los casos en que se solicita el divorcio luego de decretada la separación de cuerpos) debe precisarse que pueden presentarse las siguientes situaciones: I) Que accione el cónyuge perjudicado alegando que su consorte ha incurrido en causales de inconducta, que se enmarcan dentro de la teoría denominada del 'divorcio-sanción', contempladas en los acápites primero al sétimo y décimo del artículo trescientos treintitrés del Código Civil; II) Que accione el cónyuge ya no 'perjudicado', sino aquel que busca solucionar una situación conflictiva siempre y cuando no se base en hecho propio, supuestos regulados en los incisos ocho, nueve y once del artículo trescientos treintitrés citado que se hallan justificados por la teoría conocida como 'divorcio-remedio'; y III) Que accione cualquiera de los cónyuges, en busca de solucionar, al igual que en el caso anterior, una situación conflictiva, caso que contempla el inciso doce del multicitado artículo trescientos treintitrés y que también pertenece a la teoría del divorcio-remedio, en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales;" ⁽²⁰⁴⁾-subrayado nuestro-

Por lo demás, centrándonos en el tema objeto de estudio, se advierte que el legislador ha configurado a la citada indemnización como una medida inherente a los procesos de separación de cuerpos o divorcio, toda vez que la causal de separación de hecho que la origina es la misma para ambas situaciones jurídicas. Esta indemnización puede ser plasmada necesariamente en una sentencia, bajo un escrupuloso respeto al principio de rogación o a pedido de parte, aunque vía jurisprudencial se venga tratando de oficio⁽²⁰⁵⁾ y en congruencia con la petición que sobre este particular pudiese haber efectuado alguno de los cónyuges en forma oportuna.

202 CAS. Nº 1120-2002-PUNO. Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Consultada el 03 de febrero del 2009.

203 Como se aprecia en la siguiente sentencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República: "[...] resulta evidente que en esta separación de hecho uno de los cónyuges resulta necesariamente inocente y por tanto se convierte en el sujeto pasivo del daño que implica el hecho mismo de la separación conyugal; ahora bien, es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico-material que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal que se traduce en el padecimiento psicológico que la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado, y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida común con el cónyuge disidente[...]" -subrayado nuestro- CAS. Nº 1782-2005-LIMA. Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Consultada el 27 de enero del 2009.

204 CAS. Nº 1512-2005-LAMBAYEQUE. Diario Oficial "El Peruano" del 02 de octubre del 2006.

205 Esta tendencia jurisprudencial se puede apreciar en el siguiente sentencia: "(...) en los casos de divorcio por separación de hecho los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado (...)" CAS. Nº 606-2003-LIMA. Diario Oficial "El Peruano" del 01 de diciembre del 2003.

Dada la estrecha relación de la referida indemnización con la sentencia matrimonial es necesario un estudio en su conjunto, porque su propia regulación legal se encuentra estrictamente unida al resto de medidas que van a regir en el futuro las crisis matrimoniales, ya sea por una declaración de separación de cuerpos, ya sea bajo la declaración de disolución del vínculo matrimonial (divorcio). Asimismo, el reconocimiento del derecho, aparte de requerir la concurrencia de los elementos típicos que la configuran, debe ser capaz de ser adoptada junto con el resto de medidas inherentes a la separación o divorcio, obviamente en el marco de la conveniencia, posibilidad y racionalidad que la regulación global de la crisis matrimonial permita.⁽²⁰⁶⁾

De esta manera, el supuesto de hecho que requiere la norma examinada es que un cónyuge por el hecho del divorcio sea "perjudicado", dejando de lado correctamente los supuestos de la teoría divorcio-sanción por el que se buscaba culpables⁽²⁰⁷⁾. El legislador resolvió por tanto una situación objetiva con aséptica objetividad, lo que en muchos casos, al menos, no deja de ser discutible como la separación de hecho; sin embargo lo apropiado hubiera sido que el legislador enuncie además algunos supuestos o circunstancias objetivas específicas que coadyuven al juzgador al momento de examinar e identificar dicho perjuicio en cada caso concreto, sin que ello pueda ser visto como un límite a su discrecionalidad como bien es regulado en el artículo 97 del Código Civil Español⁽²⁰⁸⁾.

Estos supuestos son recursos útiles para interpretar de "un modo más humano" la indemnización en caso de perjuicio previsto en el artículo 345 inciso a) del Código Civil, los cuales pueden ser analizados y adaptados a nuestra realidad; pero no solamente éstos, sino otras circunstancias que conforme a los medios de prueba aportados por el cónyuge más perjudicado puedan ser estimadas por el juzgador en cada caso concreto. Sin embargo, a pesar de la buena voluntad del legislador al incorporar el instituto jurídico examinado en el Derecho de Familia Peruano, es necesario reconocer (lamentablemente) que varias son las imprecisiones que contiene el precitado dispositivo legal (generador en muchas ocasiones de jurisprudencias contradictorias), tanto de índole sustancial como procesal.

206 Así por ejemplo, tal parecer se advierte en la siguiente sentencia: "(...) por la actitud machista y celos excesivos del esposo, se impidió que la cónyuge pueda desarrollarse laboralmente, no pudiendo obtener ingresos propios y además perdiendo la oportunidad de generarlos. Ella debe ser indemnizada de forma prudencial por la separación."- resaltado nuestro- CAS. Nº 3973-2006-LIMA. Diario Oficial "El Peruano" del 01 de febrero del 2007.

207 En España, y a pesar de la configuración del divorcio como un remedio a la ruptura matrimonial y no como una sanción, algunos autores han validado la incorporación del elemento de la culpabilidad a través de la enumeración abierta que hace el artículo 97. En efecto, la norma permite al juez fijar la pensión compensatoria "teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias". Cfr. GARCÍA RUBIO, M. Op. cit., p. 146.

208 Ver cita 192.

CAPÍTULO III

EN SERIO ¿CUÁL ES SU AUTÉNTICA NATURALEZA JURÍDICA?

El tema de identificar la naturaleza jurídica de la indemnización estudiada no es irrelevante desde el punto de vista práctico sino, por el contrario, resulta completamente vital en un adecuado y técnico estudio de la presente institución. Entre otras cosas sirve para que, según sea el caso, todo operador del derecho en general y el juzgador en particular frente a un caso concreto, se encuentre en la posibilidad de dar contenido a las expresiones o nociones de textura abierta contenidos en los enunciados legales (como el caso examinado), coadyuva al elegir elementos de decisión que aparecen aludidos únicamente por la buena o mala intención del legislador (vaya uno a saber) de hacer enumeraciones de elementos no taxativos; y, por último, resulta sumamente vital para reconocer y aplicar el derecho supletorio.

En cuanto a este punto de análisis consideramos seriamente conforme a la doctrina comparada (conjuntamente con un sector de la doctrina nacional), que la naturaleza jurídica de la indemnización en estudio no es propiamente asistencial o alimenticia⁽²⁰⁹⁾, porque el divorcio lo extingue y con ello el deber de socorro y además porque no está sujeta necesariamente a los supuestos de necesidad de quien lo pide o posibilidad de quien se encuentra obligado, entre otras razones.⁽²¹⁰⁾ Ni mucho menos es una forma de responsabilidad civil, al que algunos

209 Aunque no puede desconocerse que la analizada indemnización cumple en cierta forma un propósito asistencial propio de los alimentos, no significa que deba ser asociada con una naturaleza alimentaria esencialmente porque no es un presupuesto para la indemnización que el cónyuge beneficiario carezca de medios suficientes para su subsistencia; además el perjuicio económico no es necesariamente sinónimo del estado de necesidad. En el Derecho Chileno, el jurista PIZARRO WILSON sostiene que la mirada para determinar la procedencia de la compensación económica (par de nuestra indemnización estudiada) está volcada hacia el pasado. El juez debe de considerar el sacrificio de alguno de los cónyuges en la vida marital. En principio no se trata de evaluar las necesidades futuras del cónyuge beneficiario, sino de todo aquello que no puede ingresar a su patrimonio en razón del sacrificio durante el matrimonio. Esto no tiene nada que ver con los alimentos, los cuales están vinculados al deber de socorro y se fijan con base en las necesidades económicas del alimentario y las facultades económicas del alimentante. PIZARRO WILSON, CARLOS. (2004). "La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil". En: *RCHDP*. N° 3, nota 2, p. 87. Similar sustento jurídico se ha establecido en el artículo 482 del Código Civil Peruano al prescribir lo siguiente: "La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. (...) "

210 En el Perú, la norma sustantiva contenida en el artículo 345-A) del Código Civil hace la correspondiente diferencia con la pensión de alimentos al precisar expresamente: "independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder", hecho que viene redundando en los pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte Suprema, los que marcan una distinción de la indemnización analizada con la naturaleza alimentaria que pudiera corresponderle a uno de los cónyuges, como veremos a continuación: "(...) interpretado el texto del artículo trescientos cuarenticinco - A debe precisarse que todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable de modo tal que en procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún cuando no se haya solicitado sobre si uno de los cónyuges ha resultado más perjudicado por la separación de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, al que de existir le fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio; de otro lado la misma norma señala también que el monto de la indemnización correspondiente es independiente a la pensión alimenticia que le pudiera corresponder al cónyuge que resulte más perjudicado con el decaimiento del vínculo matrimonial (...) "- subrayado nuestro- CAS. N° 802-2003-CHINCHA. Diario Oficial "El Peruano" del 03 de mayo del 2004.

juristas le atribuyen el carácter contractual u otros extracontractual⁽²¹¹⁾; inclusive en la doctrina peruana existe quienes consideran que se trataría de un tipo de responsabilidad civil familiar, criterio por el que se inclina una gran parte de la doctrina probablemente porque en el artículo 345 inciso a) del Código Civil nacional se hace referencia expresa al "daño personal", de manera que tendríamos que obligatoriamente examinar los factores de atribución, el nexo causal y el daño, presupuestos propios de la responsabilidad civil pero no necesariamente de la indemnización derivada de la separación de hecho.

Este instituto se asemeja más bien a las llamadas indemnizaciones por sacrificio⁽²¹²⁾ de España, o lo que nosotros denominamos obligación legal indemnizatoria como una práctica legislativa usada por el legislador en determinadas figuras legales, en razón de su particular naturaleza o derecho que se tutela, similar a las indemnizaciones que se pagan en caso de expropiación en el caso peruano regulada actualmente por la Ley N° 27117⁽²¹³⁾ o de imposición de servidumbres legales desarrollada específicamente en el artículo 350 del Código Civil⁽²¹⁴⁾, salvando, por supuesto, sus marcadas diferencias.

Esto es conforme a la tendencia doctrinal⁽²¹⁵⁾ y jurisprudencial⁽²¹⁶⁾ que la vincula como una forma de responsabilidad civil, concretamente la extracontractual y que por ello estaría sujeta a cada uno de sus elementos característicos como es la antijuricidad, el daño, relación de causalidad y factores de atribución. No obstante, es necesario hacer ciertas rectificaciones que coadyuven a su mejor entendimiento señalando que si bien en la institución analizada hay un menoscabo o deterioro económico, a ésta no se le debe identificar con un daño (propio de la responsabilidad civil) sino adecuadamente con la inestabilidad del cónyuge que resulte más perjudicado, lo que implicaría un empeoramiento de la posición de uno de ellos para el futuro.

Por tanto, consideramos que la causa inmediata del deterioro económico es el divorcio o separación de cuerpos (este último en el caso peruano), sin embargo su causa

211 En una primera aproximación a la descripción del segundo párrafo del artículo 345-A) del Código Civil, parece que tal supuesto tendría naturaleza indemnizatoria y que se basaba en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante; sin embargo haciendo un mejor estudio, es posible afirmar que no es un supuesto de responsabilidad civil sino el de una obligación indemnizatoria fundada en la ley.

212 Cfr. DÍEZ PICAZO, LUIS. (1999). *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, pp. 56-57.

213 "Artículo 2. Del concepto.- La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio". Ley N° 27117 - Ley General de Expropiaciones.

214 "Artículo 1051.- Servidumbre legal de paso. La servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos. Esta servidumbre cesa cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le de salida o cuando se abre un camino que de acceso inmediato a dicho predio.
Artículo 1052.- Onerosidad de la servidumbre legal de paso. La servidumbre del artículo 1051 es onerosa. Al valorizársela, deberán tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente".

215 MURO ROJO, MANUEL y REBAZA GONZÁLES, ALFONSO. (2003). "Código Civil Comentado". Tomo II. Primera parte. En: *Derecho de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 578. OSTERLING PARODI, FELIPE y CASTILLO FREYRE, MARIO. "Responsabilidad Civil derivado del divorcio". En la Web: www.castillofreyre.com. Consultada el 15 de febrero del 2009. ARIAS-SCHREIBER, MAX. "Exégesis del Código Civil peruano de 1984". Tomo VII. En: *Derecho de Familia*. Tercera Edición, con la colaboración de ÁNGELA ARIAS-SCHREIBER M. y ALEX PLÁCIDO. (2002). Lima, Gaceta Jurídica, p. 317.

216 Esta tendencia se puede apreciar claramente en la siguiente sentencia expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República: "(...) se debe tener en cuenta los siguientes aspectos: 1. Los cónyuges tienen derecho a la indemnización de los daños materiales y morales, en la medida en que guarden relación de causalidad con los eventos que dieron origen a la separación. 2. Asimismo la indemnización se otorga como resultado de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido alguno de los cónyuges." –subrayado nuestro- CAS. N° 2497-2003-CAJAMARCA. Diario Oficial "Peruano" del 03 de mayo del 2005.

mediata y determinante son las condiciones en las que se desarrolló la vida matrimonial⁽²¹⁷⁾. En este sentido, lo que el ordenamiento jurídico busca es indemnizar al que más pierde con la ruptura del vínculo matrimonial generada, en el caso peruano, única y exclusivamente por la separación de hecho hasta ese momento latente.

Al mismo tiempo se debe señalar que la obligación de indemnizar se desenvuelve sobre la plataforma de criterios estrictamente objetivos, y es definitivamente una obligación legal que el ordenamiento jurídico impone a uno de los ex cónyuges con el cardinal objetivo de enmendar la “inestabilidad económica” (por usar la expresión del Código Civil Peruano) que, de acuerdo a las circunstancias específicas, se pudiera producir⁽²¹⁸⁾. En esta lógica, el acreedor de esta obligación es (por tomar un ejemplo) aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio por separación de hecho le haya irrogado dicho menoscabo.

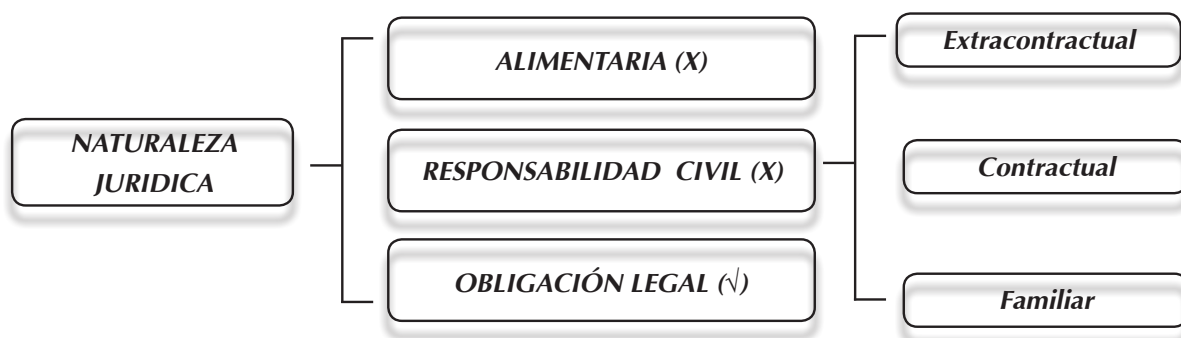
En este sentido, el único título o motivo que justifica la imposición de la obligación de indemnizar al cónyuge más perjudicado sería la propia ley. De este modo, podemos afirmar que la indemnización estudiada de ninguna manera subsana el detrimento, sino que llanamente lo corrige, y de esa forma se previene el empeoramiento del ex cónyuge más débil. En otras palabras, no se trata de garantizar la conservación del estatus económico matrimonial, sino más bien una vida separada autónoma económicamente conforme al principio de solidaridad posconyugal⁽²¹⁹⁾, que parece ser el que se impondría en estos casos.

217 En la doctrina española CAMPUZANO TOMÉ afirma que “tal derecho nace y es una consecuencia directa de la separación u divorcio” y agrega que: “hay que distinguir entre presupuestos necesarios para hacer surgir la posibilidad de solicitar la pensión, dentro de los cuales quedaría encuadrada la sentencia de separación o divorcio y presupuestos necesarios para el otorgamiento de la misma, incluyéndose aquí el fundamental desequilibrio económico; es en éste donde la relación matrimonial adquiere una importancia decisiva”. CAMPUZANO TOME, HERMINIA. Op. cit. p. 26.

218 Es del mismo parecer el jurista APARICIO AUÑÓN cuando manifiesta:“(…) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas. En cierta forma la labor compensadora de la ley viene a ser como una lotería al revés que ‘se da entre personas obligadas a correr la misma suerte’ y que ‘se impone por razón de equidad y su cuantía depende de circunstancias personales de acreedor y deudor’. El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar rentas o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales” –subrayado nuestro- APARICIO AUÑÓN, EUSEBIO. (1999). “La pensión compensatoria”. En: *Revista de Derecho de Familia*. Nº 5, octubre 1999, p. 41. En esta misma línea de ideas encontramos al jurista nacional LEYSSER LEÓN sosteniendo lo siguiente:“(…) A rigor de términos, esta norma (artículo 345 –A) no regula un supuesto de responsabilidad civil. En sí misma, la separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que, ciertamente, puede ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados” Además agrega “(…) A lo sumo, como se estipula en el artículo citado, lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Como es claro, esta alternativa remedial que se deja a criterio del magistrado, entre satisfacción en dinero y adjudicación de bienes, resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica.” –subrayado nuestro-. LEYSSER L., LEÓN. En “30,000 dólares por daños morales en un divorcio!. De cómo el ‘daño al proyecto de vida’ continúa inflando peligrosamente los resarcimientos”. Tomado de la Web: www.dialogoconlajurisprudencia.com. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 117 Tomos, mayo 2007, consultado el 28 de enero del 2009.

219 Entendido como una relación de asistencia material atenuada respecto a la vigente durante el matrimonio, pero análoga a la asistencia entre cónyuges separados CAMPUZANO TOME, HERMINIA. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. Barcelona, Bosch, p.22.

GRÁFICO N°2



(x) Teoría Incorrecta

(✓) Teoría Correcta

CAPÍTULO IV

¿ES NECESARIO UN CONCEPTO DOCTRINAL?

No es posible enfatizar algunas de sus características sin antes esbozar un concepto doctrinal respecto del instituto en estudio, claro está bajo los lineamientos de la naturaleza jurídica antes determinada, toda vez que el legislador nacional no ha provisto de un concepto legal que guíe su desarrollo. Frente a tal enigma debemos manifestar que existen dos tendencias sobre la inclusión de conceptos en el enunciado legal. En este sentido están quienes sostienen que éstas son inadecuadas de un cuerpo de leyes pues son del dominio del gramático y del profesor; y por otro lado, existen quienes estiman que sí es correcto, pero siempre que éstos tengan eficacia normativa⁽²²⁰⁾.

Nuestra posición es que si bien es cierto el uso de los conceptos en los textos legales y en especial en algún “código” conllevaría al peligro de encasillar al derecho, pues cualquier definición imperante en el hoy podría ser fácilmente superada en el mañana (motivo por el cual algunos juristas se oponen a hablar de “definición” sino llanamente de noción). Sin embargo no es menos cierto que todo legislador, conforme a una adecuada técnica legislativa, debe de guiar al intérprete (principalmente al juzgador antes de aplicar el derecho) sobre el contenido real de tal o cual figura. Por consiguiente, es mejor que el intérprete sepa cual es la opción tomada aunque probablemente, en el peor de los casos, exista la posibilidad de ser equivocada, situación que estimamos sería mucho mejor en lugar de quedar en la frívola perplejidad. En tal sentido corresponde hacer una breve exposición de algunos conceptos doctrinales comparados y también el aportado por nosotros.

4.1. NOCIONES DESDE LA DOCTRINA COMPARADA

Con tal propósito hemos tomado algunas acepciones desarrolladas en la doctrina española, dado su amplio desarrollo del tema en comento, debido a su antigua data en su tratamiento legal. Así para Roca Trias⁽²²¹⁾ la finalidad de la pensión compensatoria (equivalente

220 Al respecto AGUILÓ REGLA manifiesta: “La definición legal puede perseguir los siguientes fines no excluyentes entre sí: a) Dar mayor precisión a un término, restringiendo su alcance. b) Ampliar el alcance de un término para incluir en él situaciones que no están claramente cubiertas por su sentido. c) Introducir un término nuevo que no tiene uso en el lenguaje natural.” AGUILÓ REGLA, JOSEPH, “Técnica Legislativa y Documentación Automática de Legislación”. En: *Elementos de Técnica Legislativa*. CARBONELL, MIGUEL y PEDROZA DE LA VALLE, SUSANA THALÍA (Coordinadores), (2002). México, UNAM., p. 257.

221 ROCA TRIAS, ENCARNA. (1999). *Familia y Cambio Social (De la casa a la persona)*. Madrid, Cuadernos Civitas. p. 190.

a la indemnización derivada de la separación de hecho peruano), puede resumirse en la siguiente fórmula:

"constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzado por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación".

Por otro lado para Campuzano ⁽²²²⁾, con la que coinciden Pereda y Vega Sala ⁽²²³⁾, la describe incorporando a la definición algunas otras características esenciales de la pensión. Ellos lo describen de la siguiente manera:

"Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, rota con la cesación de la vida conyugal." –subrayado nuestro-

En las acepciones descritas es posible apreciar que dichos juristas coinciden en resaltar la característica de "inestabilidad económica", además se denota su consustancial causa o motivo que la origina o genera –la separación de cuerpos y el divorcio- y finalmente se describe una doble comparación necesaria para constatar y medir dicho desequilibrio; éstos son: la personal –entre los cónyuges- y la temporal –relativa a la situación anterior en el matrimonio.-

4.2. UN NUEVO CONCEPTO PARA CONSIDERAR

De nuestra parte, fiel a nuestra posición jurídica en torno a la que consideramos auténtica naturaleza jurídica, esto es, identificada como una obligación legal y no como un tipo de responsabilidad civil (extracontractual para algunos juristas); además teniendo en cuenta los reales elementos que la componen, procedemos ahora a conceptualizarla de la siguiente manera:

"Es una obligación legal derivada del decaimiento de la relación matrimonial por la causal de la separación de hecho, declarado judicialmente a través de una sentencia de separación de cuerpos o de divorcio, cuya esencia reside en el derecho que nace en favor de un cónyuge (el más perjudicado) ⁽²²⁴⁾ y a cargo del

222 CAMPUZANO TOME, HERMINIA. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de los presupuestos de otorgamiento*. Barcelona, Bosch, p.28.

223 PEREDA GOMEZ F., JAVIER y VEGA SALA, FRANCISCO. (1994, actualizado). *Derecho de Familia*. Barcelona, Praxis S.A., p.157.

224 De esta manera vía jurisprudencial se viene sosteniendo que todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que se afirma que en los procesos de

otro al pago de un resarcimiento en aquellos supuestos en que al momento de la interposición de la demanda se acredite la configuración de una inestabilidad económica entre las posiciones personales de los cónyuges, capaz de generar un perjuicio de naturaleza objetiva.”

Tal noción configura a la indemnización en caso de perjuicio prevista en el Derecho de Familia Peruano como una obligación legal derivada del decaimiento matrimonial, de carácter personalísimo, relativo, circunstancial, que nace como una corrección reconocida judicialmente, pues únicamente es declarable mediante el órgano jurisdiccional y, en todo caso, rogado o petitionado por la parte que considera que le asiste el derecho y de ninguna manera de oficio o por iniciativa del juzgador, pese a que sobre ello la jurisprudencia sea uniforme en el sentido de que puede ser declarado de oficio.

separación o divorcio por la causal de separación de hecho, los juzgadores deben de pronunciarse ya no sobre el cónyuge perjudicado sino sobre el “más perjudicado”. En cuanto a esta posición jurisprudencial de determinar “el cónyuge más perjudicado” se puede ver en CAS. Nº 606-2003-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 01 de diciembre del 2003: “En los casos de divorcio por separación de hecho los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos (...)” –subrayado nuestro–; CAS. Nº 2178-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 10 de mayo del 2006: “(...) Los juzgadores deben de pronunciarse necesariamente aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado (...)”. CAS. Nº 308-2003-ICA. Diario Oficial “El Peruano” del 31 de marzo del 2004: “(...) en procesos como el de autos los juzgadores deben de pronunciarse necesariamente aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios de probatorios (...)” –subrayado nuestro–; CAS. Nº 1358-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de octubre del 2006: “(...) Los juzgadores deben de pronunciarse necesariamente sobre cuál de los cónyuges resulta más perjudicado, de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada (...)” –subrayado nuestro–.

CAPÍTULO V

IDENTIFIQUEMOS SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Estando que el legislador ha omitido un concepto legal del instituto en mención limitándose a desarrollar los supuestos de procedencia, es necesario partir de la noción desarrollada por doctrina citada y de la desarrollada por nosotros; de esta manera, es posible afirmar que las notas delimitadoras y características de la indemnización propia de la causal de la separación de hecho son las siguientes:

5.1. ES UNA OBLIGACIÓN LEGAL.

Este es el primer y uno de los más importantes atributos de la analizada indemnización. De ésta depende el correcto o incorrecto entendimiento e interpretación⁽²²⁵⁾ de la figura en estudio, cuyas repercusiones no solamente se restringen al campo teórico doctrinal sino que fundamentalmente trascienden o, mejor dicho, descienden al mundo de las realidades por medio del desarrollo jurisprudencial (esto es en los casos prácticos). En otras palabras, depende mucho si el juzgador al resolver un caso concreto le asigne o reconozca una u otra naturaleza jurídica.

Por ejemplo, si le reconocemos su naturaleza de responsabilidad civil, como hace una parte de la jurisprudencia nacional, entonces necesariamente tendríamos que seguir con el análisis de cada uno de los supuestos o elementos típicos de tal institución; esto es que el juzgador tendrá que analizar la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución⁽²²⁶⁾. De seguir esta tendencia, el juzgador se encontrará en una serie de problemas y dilemas de cómo encuadrar el caso concreto a dicho elementos porque de no ser así tendría que desestimar la pretensión de indemnización, tarea que consideramos indefinida y por demás innecesaria.

225 Cfr. RAZ, JOSEPH. (2002). "¿Por qué interpretar?". En: *Interpretación jurídica y decisión judicial*. VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.). México, Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, p.39 y ss.

226 En cuanto a la innecesaria tarea de verificar los elementos típicos de la responsabilidad civil cuando se analice la pretensión de indemnización para el cónyuge más perjudicado, el jurista LEYSER LEÓN afirma: "Se equivoca, clamorosamente, en la interpretación que propone para esta novedosa disposición". ARIAS-SCHREIBER, MAX. "Exégesis del Código Civil peruano de 1984". Tomo VII. En: *Derecho de Familia*. Tercera Edición, con la colaboración de ÁNGELA ARIAS-SCHREIBER M. y ALEX PLÁCIDO. (2002). Lima, Gaceta Jurídica, p.317. Para dicho autor, la indemnización que debe señalar el juez debe incluir el daño emergente y el lucro cesante, además del "daño personal, que es doctrinariamente menos amplio" (!). ¿Y dónde estaría el criterio de imputación en esta supuesta hipótesis de responsabilidad civil? En atención a que el dolo y la culpa no han sido mencionados: ¿Se trataría de una responsabilidad "objetiva"? ¿Sería "objetiva relativa" u "objetiva absoluta"? ¿Cabría eximirse de ella por caso fortuito o fuerza mayor?"-subrayado nuestro-. LEYSER L. LEÓN. (2007). Op. cit. Tomado de la Web: www.dialogoconlajurisprudencia.com. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 117 Tomos, mayo 2007, consultado el 28 de enero del 2009.

Sobre la inexacta tendencia jurisprudencial de asignarle naturaleza de responsabilidad civil, y como este hecho repercute o influye en la revisión de sus demás elementos, se advierte en las siguientes sentencias:

"El juez está obligado a velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado debido a la separación de hecho. En tal sentido, establecerá el monto de la indemnización por daños, incluyendo el daño personal o inclusive ordenando la adjudicación preferente de un bien social."⁽²²⁷⁾ –subrayado nuestro–.

"El segundo párrafo del artículo 345-A del Código acotado en forma imperativa exige al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efectos de cuantificarlo vía indemnización (...)"⁽²²⁸⁾ –subrayado nuestro–.

Esta inicial característica es tan vital que un error en entenderla puede ser realmente fatal (para el pretensor) y conducir al juzgador a realizar esquemas lógicos y desarrollar un análisis jurídico en forma confusa, principalmente al momento de clasificar, establecer y fijar los supuestos "daños", fijando montos exorbitantes, llevado por el análisis a la indemnización estudiada bajo la estructura típica de la responsabilidad civil:

"Como consecuencia de la clasificación de los bienes antes señalados, los daños según corresponda, se separan en dos categorías: daños patrimoniales y daños a bienes no patrimoniales. Los bienes no patrimoniales no pueden ser evaluados pecuniariamente de una manera tasada por lo que, cuando se ven lesionados, su reparación se debe fijar en la suma que criterio del juzgador de mérito produzca una satisfacción equivalente al desosiego sufrido. La estimación del daño no patrimonial la debe hacer el Juez equitativamente, como establecen los artículos 1984 y 1985 del Código Civil en el caso de la responsabilidad extracontractual y manda los artículos 1322 y 1332 del mismo Código en el caso de incumplimiento de obligaciones. Ese criterio corresponde al prudente arbitrio del juez de mérito."⁽²²⁹⁾ –subrayado nuestro–.

No obstante, tal como lo hemos anteriormente puntualizado, la "indemnización en caso de perjuicio" estudiada se encuentra configurada no como un tipo de responsabilidad civil, sino como una obligación de carácter legal prevista en el artículo 345-A)⁽²³⁰⁾, en el sentido que es la propia legalidad la que establece dicho contenido obligacional como consecuencia o efecto posible e inherente al fracaso matrimonial. Pensamos que dicha obligación emerge de la misma ley en el sentido de que es ésta la que dota de un efecto al fracaso del matrimonio que toda sentencia de separación o de divorcio comporta.

227 CAS. Nº 208-2004- PIURA. Data 30,000. Explorador Jurisprudencial, Gaceta Jurídica.

228 CAS. Nº 2449-2006-CUSCO. Data 30,000. Explorador Jurisprudencial, Gaceta Jurídica.

229 CAS. Nº 3973-2006-LIMA. Diario Oficial "El Peruano" del 01 de febrero del 2007.

230 Sobre este particular tema el jurista ALEX PLÁCIDO sostiene una posición contraria a la que sostenemos, resaltando la identificación de la indemnización derivada de la separación de hecho, como un tipo de responsabilidad civil familiar: "(...) Se trata de un supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, que está referido a la trascendencia de la separación de hecho (...)" –subrayado nuestro–. PLACIDO VILCACHAGUA, ALEX. (2008). "Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica, pp.55-61.

5.2. ES PERSONALÍSIMO

Debido a que únicamente puede hacerse valer por el cónyuge o mejor dicho ex cónyuge más perjudicado y nunca por sus acreedores o herederos. Se conecta directamente con algo tan personal como el matrimonio y sus vicisitudes y se fija, extingue y modifica por causas y circunstancias de índole personal ⁽²³¹⁾.

Por ello consideramos que el matrimonio se extingue por la muerte del hipotético cónyuge beneficiario, de modo tal que sus herederos no podrán reclamar la indemnización porque llanamente no podrán interponer la demanda de divorcio, menos la de separación de cuerpos. Tampoco parece aceptable que los herederos puedan proseguir la defensa intentada por el cónyuge difunto si se trata de divorcio, ya que en este caso la sentencia es constitutiva de estado civil y no podrá dictarse al haberse previamente disuelto el matrimonio.

5.3. CON CARÁCTER CIRCUNSTANCIAL Y FLEXIBLE

Esto significa que no es un derecho de carácter absoluto sino que es de carácter ocasional, en el sentido que su declaración judicial por los juzgadores debe estar supeditada a las circunstancias personales, laborales, sociales y familiares que conforman el entorno del matrimonio en crisis y no únicamente de la existencia del matrimonio y la prueba de la inestabilidad económica que requiere la norma jurídica.

Su flexibilidad se circunscribe en que no se agota con su reconocimiento judicial sino que pensamos que tiende a pervivir en la medida en que aquellas circunstancias contextuales del matrimonio lo permitan, hasta el punto de que cualquier variación sustancial o desaparición de las mismas podrá dar lugar a la modificación o extinción, pues su reconocimiento judicial valorará en un determinado momento el perjuicio que se intenta resarcir, no siendo factible una valoración superior en un momento posterior pero sí su eventual modificación a la baja o su hipotética extinción.

5.4. DECLARADO JUDICIALMENTE (SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO)

En la medida en que se establece legalmente con el propósito de ser un remedio hábil para un determinado momento y situación, y que se articula con miras de futuro para las llamadas crisis matrimoniales. Esta idea se completa con el carácter objetivo del perjuicio que se intenta resarcir por medio de la indemnización, desvinculado de toda idea de culpabilidad que el devenir del fracaso matrimonial pudiera hacer concurrir en uno solo de los cónyuges (cuestión difícil de valorar) y que tiene su origen inmediato en la propia ruptura del proyecto de convivencia.

231 PENA BERNALDO DE QUIROZA, MANUEL. (1989). *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid, p. 126.

Se trata de un remedio particular previsto por el ordenamiento jurídico para un supuesto concreto, pero que no debe ser interpretado o aplicado de forma autónoma o independiente, sino como parte integrante de un complejo entramado de medidas que convergen en toda crisis matrimonial y del cual no se puede desvincular.

5.5. PROCEDE A PEDIDO DE PARTE Y NO DE OFICIO

Esta característica se encuentra vinculada por el carácter disponible de la indemnización analizada básicamente conforme al principio dispositivo⁽²³²⁾ que rige en gran parte de nuestro derecho procesal, del cual se pueden desprender los principios procesales de rogación (pedido de parte) y de congruencia (equivalencia entre lo pedido y lo resuelto)⁽²³³⁾; por consiguiente, queda completamente claro que los juzgadores por ningún motivo deberían de concederlo sino se solicita.⁽²³⁴⁾ De este modo, el juez de familia queda indisolublemente vinculado a la oportuna petición de parte y a un respeto escrupuloso por el principio de congruencia.

Tal posición doctrina ha calado tanto en los juzgadores al momento de resolver esta situación que su influencia es advertida en reiteradas oportunidades en los pronunciamientos jurisdiccionales; inclusive podríamos afirmar que existe a nivel de la Corte Suprema una uniformidad en las sentencias (jurisprudencia mal formada), como lo podemos advertir en los siguientes casos:

"El segundo párrafo del artículo 345-A del Código acotada en forma imperativa exige al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se le cause (todo ello debidamente probado) a efectos de cuantificarlo vía indemnización; por tanto lo alegado por la recurrente que el Juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización es cierto (...)"⁽²³⁵⁾ –subrayado nuestro-.

232 Respecto al principio dispositivo, MONTERO AROCA sostiene: "El principio dispositivo en sentido estricto (o *Dispositionsmaxime*), esto es, la disponibilidad que las partes tiene sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órganos jurisdiccionales pretendiendo su satisfacción (...)" Además precisando su fundamento agrega: "El dispositivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en la libertad." MONTERO AROCA, JUAN. (2006). *Proceso Civil y Garantía Penal*. Valencia, Tirant lo blanch, p. 70. Sin embargo, debemos admitir que tal concepción no es aceptada en forma pacífica por la doctrina comparada, concretamente por su confusión con el principio de aportación de parte, tal como lo sostiene XAVIER ABEL cuando afirma que "Este análisis resulta empalado por el prolongado debate sobre el alcance del principio dispositivo y de aportación de parte que en la doctrina española, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no está zanjado." LLUCH, ABEL. (2005). "Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez civil". En: *Problemas actuales de la prueba civil*. ABEL LLUCH, XAVIER y PICO Y JUNIO, JOAN (coordinadores). España, J. M. Bosch Editor, p.72.

233 En cuanto a la comprensión de los principios de iniciativa de parte y de congruencia dentro del dispositivo, recogidos en el ordenamiento procesal peruano, MONTERO AROCA manifiesta que tal debe significar: "1. La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; en particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho; 2. La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto de debate al demandado por medio de la resistencia; 3. Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben de ser congruentes con la pretensión y resistencia formuladas; 4. Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo el interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba". –subrayado nuestro- MONTERO AROCA, JUAN. Op. cit. p.70.

234 Vid. MARIN GARCIA DE LEONARDO, TERESA. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*. Valencia, Tirant lo blanch, p.40.

235 CAS. N° 2449-2006-CUSCO. Diario Oficial "El Peruano" del 30 de noviembre del 2006.

“Que, no está demás precisar, que si bien la fijación de una suma de dinero en calidad de indemnización por mandato del artículo 345-A del Código Civil es una obligación ineludible para los Jueces (aunque ello no haya sido solicitado), el establecimiento de dicho concepto se encuentra íntimamente vinculado a la apreciación de los medios probatorios en cada caso concreto, siendo esta evaluación una etapa previa e ineludible para determinar si corresponde fijar una indemnización (...).”⁽²³⁶⁾ –subrayado nuestro–.

Sin embargo, también podemos encontrar (en menor cantidad) pronunciamientos jurisdiccionales que precisan con toda claridad que tal pretensión debe ser solicitada por la parte y no procede por iniciativa del juzgador, tal como se aprecia en las siguientes sentencias:

“Que, el acotado artículo, no contiene el mandato imperativo de fijar una indemnización, pues esta se encuentra supeditada en primer lugar, a la determinación del cónyuge perjudicado, y en segundo lugar, a la indemnización de la inestabilidad económica de éste en caso de declararse fundada la demanda.”⁽²³⁷⁾ –subrayado nuestro–.

“Respecto del cargo contenido en el literal c, cabe advertir que la norma denunciada no exige que el juzgador otorgue una indemnización; pues el pedido de separación por causal objetiva, como es el caso sub examine, no constituye un hecho ilícito, sino el ejercicio regular de un derecho; por lo tanto, no genera la obligación de indemnizar”⁽²³⁸⁾ –subrayado nuestro–.

No obstante a lo manifestado para un sector de la doctrina nacional⁽²³⁹⁾ aún se considera la posibilidad de un ¿pronunciamiento de oficio?, esto es de propia iniciativa del juez, pese a que en muchos casos no es pretendida⁽²⁴⁰⁾.

En este último aspecto debemos manifestar que la indemnización estudiada requiere, por tanto, que sea solicitada judicialmente por las partes y, además, que dicha petición sea oportuna en la forma y en el tiempo, es decir, que se acuerde como medida definitiva a adoptar en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio y en relación al momento de la ruptura matrimonial.

236 CAS. Nº 2413-2005-LIMA. Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Consultada el 27 de enero del 2009.

237 CAS. Nº 2548-2003- LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de noviembre del 2003.

238 CAS. Nº 3647-2006- LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 16 de octubre del 2006.

239 En relación a este particular aspecto ALEX PLÁCIDO considera que el juez, para determinar la indemnización, tiene que establecer en el proceso la existencia del cónyuge perjudicado, es decir aquel que no motivó la separación de hecho, siendo la indemnización una suerte de satisfacción por las consecuencias del daño causado por carácter de connotación patrimonial. Por eso dicho jurista estima que resulta importante la prueba de los daños ocasionados a fin de permitir al juzgador definir su magnitud y fijar una reparación acorde al daño inferido. En caso de que las partes no hayan ofrecido tal prueba, entonces el juzgador está obligado a fijar una indemnización de acuerdo a su prudente juicio, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso. PLACIDO, ALEX. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica, p.210.

240 Al respecto debe de tenerse en consideración que conforme el Texto Sustitutorio inicialmente presentado por el Congresista ALTUVE-FEBRES LORES para su aprobación, fue de la siguiente manera: “Tratándose de separación de cuerpos por decisión unilateral, el juez puede conceder, a petición del abandonado, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponder” –subrayado nuestro–. Nótese la indicación “a petición del abandono”, de lo que se infiere que la voluntad legislativa inicial (como debió quedar) fue que el pedido de la indemnización sea petición de parte y no de oficio por el juez. Al respecto se puede consultar el Dictamen de la Comisión de Reforma de Códigos recaído en los Proyectos de Ley Nº154, 171, 278, 555, 565, 655 y 795/2000-CR, que proponen modificar los artículos del Código Civil y los artículos del Código Procesal Civil sobre separación de cuerpos y divorcio ulterior. Diario de los debates - Segunda Legislatura Ordinaria del 2000. Congreso de la República. Base de datos del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Actualizado al 24 de julio del 2008.

De esta manera, el cónyuge que pretende la indemnización tiene la carga de probar que al momento de la ruptura de la convivencia ha existido la inestabilidad económica, la misma que recae sobre el solicitante en todo caso, y las demás circunstancias que el juez evaluará, tanto las alegaciones y principalmente los medios de prueba ⁽²⁴¹⁾ que podrá hacer en el proceso de separación de cuerpos o en el de divorcio.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia del Perú ha expresado lo importante que resulta ser el tema de la probática y de su valoración por el juzgador en torno a la indemnización, derivado de la separación de hecho, como se advierte en la siguiente sentencia:

“(…) la recurrida adicionalmente meritúa el informe presentado por el demandante de los bienes dejados en el hogar conyugal, dando por cierto que el actor ha dejado los bienes sociales a favor de la cónyuge, sin tener en cuenta dicha prueba han sido presentada en segunda instancia conforme fluye del folio ciento setentiuno, lo que infringe el artículo 189 del Código Procesal Civil, que establece que los medios probatorios deben presentarse en la etapa postulatoria, salvo disposición contraria; que debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 364 del código adjetivo acotado que establece la presentación de medios probatorios después de la etapa postulatoria, pero sólo en los procesos de conocimiento y abreviado (….)”⁽²⁴²⁾ –resaltado nuestro–.

Es propicia la oportunidad para manifestarnos disconformes con aquella tendencia jurisprudencial que desnaturaliza por completo la figura jurídica que comentamos y que, una vez más, es consecuencia de una deficiente regulación jurídica y un intransigencia judicial por dilatar más allá de los límites legales el deber de socorro mutuo que existe y es predicable entre los cónyuges, pero que se extingue a la fecha de la disolución del vínculo matrimonial. Consentir este tipo de interpretaciones (respetables claro está) supone ensombrecer aún más el difuso mundo interpretativo que la figura jurídica provoca en nuestros días.

Dicho lo anterior, entendemos que la indemnización estudiada no solo debe ser solicitada y probada por la parte a quien interese⁽²⁴³⁾ sino que su rogación deber ser “oportunamente” realizada, constituyéndose en motivo de oposición o cuestionamiento su petición extemporánea por la parte afectada.

Los pronunciamiento jurisdiccionales que desvanecen esta última nota característica y permiten la identificación del cónyuge perjudicado y su consecuente indemnización de oficio⁽²⁴⁴⁾, tienen su razón de ser en una deficiente regulación legal que siempre ha dejado un

241 Un sector de la jurisprudencia reconoce que si bien el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización, pero siempre y cuando el interesado cumpla con la carga de probar con medios de prueba idóneos su condición o situación de perjudicado. Posición jurisprudencial que se aprecia en las siguientes: CAS. N° 2449-2006-CUSCO. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de noviembre del 2006 y CAS. N° 2178-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 02 de mayo del 2006.

242 CAS. N° 308-2003-ICA. Diario Oficial “El Peruano” del 31 de marzo del 2004.

243 Favorablemente este criterio rector (sustentado en el principio dispositivo) viene siendo tomado en serio por un sector de la doctrina que consideramos es la más correcta. En esta misma línea de pensamiento, en favor de nuestra posición encontramos las siguientes jurisprudencias: CAS. N° 2548-2003-LIMA, Diario Oficial “El Peruano” del 30 de noviembre del 2003, CAS. N° 2178-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 02 de octubre del 2007, CAS. N° 3647-2006-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 16 de octubre del 2006, entre otras.

244 Según esta parte de la jurisprudencia nacional, el establecimiento del cónyuge perjudicado y de su indemnización se debe hacer de oficio por el juzgador ¿pese a que no lo hayan pedido las partes? Muestra de ello son los siguientes pronunciamientos jurisdiccionales: CAS. N° 1358-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de octubre del 2006, CAS. N° 606-2003-SULLANA. Diario Oficial “El Peruano” del 11 de julio del 2003, entre otras.

amplio margen de discrecionalidad al juez y que, en alguna ocasión, tal discrecionalidad se torna en arbitrariedad al ir unida a una confusión de conceptos e incluso cierta mezcolanza de las medidas económicas.

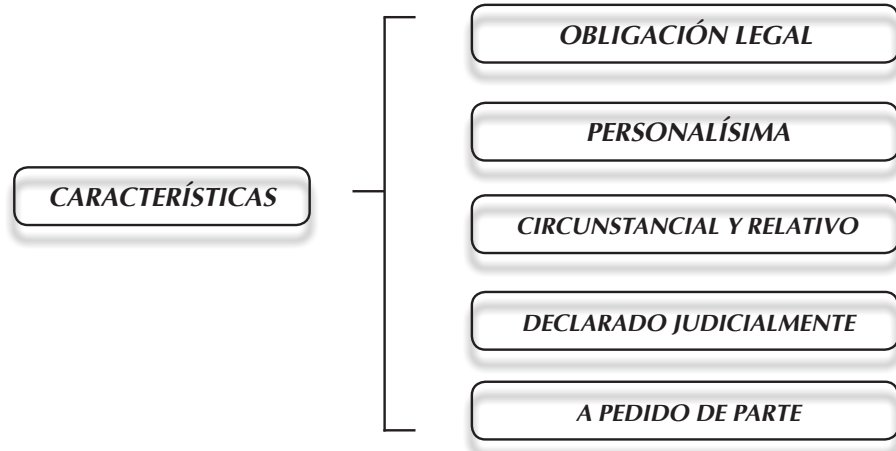
El amplio abanico de medidas económicas que nuestra legislación familiar permite provoca la necesidad urgente que se clarifiquen los conceptos y figuras jurídicas a aplicar en aras de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, cuestión ésta que a nivel jurisprudencial no podemos reputar que se haya producido hasta la fecha. De esta manera, se hace necesario un pormenorizado desarrollo jurisprudencial sobre esta figura, lo que sin duda acabará con la inestabilidad judicial y doctrinal existente sobre esta materia en sede nacional.

Propiciamente, el mismo criterio esgrimido líneas arriba para el examen de la indemnización a pedido de parte, fue al que se arribó en el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia llevado a cabo los días 07 y 08 de septiembre del 2007 en la ciudad de Lima, en donde se plantearon diversos temas trascendentales para el Derecho de Familia Peruano; siendo uno de los temas abordados la siempre controversial figura jurídica de la “separación de hecho como causal de divorcio”.

Así, por ejemplo se planteó y debatió la siguiente interrogante: ¿La indemnización prevista por el artículo 345-A debe ser dispuesta de oficio o a pedido de parte, vía reconvencción? Siendo, este uno de los temas que generó mayor debate ⁽²⁴⁵⁾; dando como resultado por mayoría a favor de que sea “a petición de parte” (09 votos) sobre el “de oficio” (01 voto); arribándose al contundente Acuerdo Plenario: “Que la indemnización prevista por el artículo 345-A sea otorgada sólo a petición de parte, esto es, si es que se postula en la demanda, en la contestación o en la reconvencción y está acreditado el daño.”

245 Al respecto reproduciremos las posiciones que nos parecen más interesantes como la de la Dra. TELLO GUILLARDI: “La Magistrado en mención manifiesta que toda vez que la propuesta contiene varios supuestos, su moción sería desdoblada dado que dentro del grupo se dieron dos posiciones: A petición de parte y la de oficio, siendo que ganó la primera. De esta posición, es de donde se han encontrado las alternativas o variantes de cómo se puede peticionar: la primera, ya sea sólo en la demanda, reconvencción o contestación; la segunda, sólo como reconvencción; o la tercera posición que es en cualquier etapa del proceso siempre y cuando sea acreditada.” Y la de la Dra. ROXANA UCULMA (Juez de la Corte Superior de Lima): “Pregunta cómo se define “de oficio” y que “a petición de parte”. Indica que si se sabe que petición de parte sólo es formalmente una demanda o una reconvencción, se pregunta si todo lo demás puede considerarse a petición de parte. Se inclina por pensar que se podría autorizar que se fije la indemnización de oficio cuando de algún modo ha sido solicitada, pero que ello no es exactamente una petición de parte. Precisa que la petición de parte tiene formalidad: o es la demanda o es la reconvencción.” Las Actas de Sesión Plenaria y las Conclusiones, pueden ser consultadas en la página web: <http://www.pj.gob.pe/>, consultada el 02 de febrero del 2009.

GRÁFICO N° 03



REFLEXIONES FINALES (A MODO DE CONCLUSIÓN)

- 1.- En el Perú los juzgadores nacionales todavía mantienen la duda sobre el fundamento ideológico del divorcio, pues existen sentencias de la Corte Suprema donde se considera que la indemnización derivada de la separación de hecho se sustenta en la concepción divorcio-sanción. No obstante, conforme a la doctrina nacional y comparada (especialmente en la española, francesa e italiana) que hemos expuesto, ha quedado sentado que su fundamento se encuentra sobre la base de la teoría del divorcio-remedio, tal como lo está en la causal en donde se encuentra alojada (separación de hecho). En tal sentido, se invoca a los Tribunales nacionales para que uniformicen este básico pero fundamental tema, y con ello dejar de identificar al cónyuge culpable o inocente cuando se determine la referida indemnización, sino que se identifique al cónyuge más perjudicado con la inestabilidad económica que ocasiona la separación factual.
- 2.- Muy a pesar de lo sostenido por un sector de la doctrina nacional (con algunas buenas excepciones) y una parte de la jurisprudencia nacional; la indemnización en estudio no es un tipo de responsabilidad civil (ni contractual o extracontractual) menos una responsabilidad civil familiar; sino su naturaleza jurídica es de ser una obligación legal cuyo título que justifica su imputación es la propia ley. Por consiguiente, deviene por demás necesario que en la interpretación y aplicación vía jurisprudencial de esta institución se deba preterir toda idea o vinculación con algún tipo de responsabilidad civil, pues como hemos argumentado, de no ser así se podría llegar al despropósito de tal instituto jurídico, lo que conllevaría a graves repercusiones para los justiciables.
- 3.- Estando que el legislador ha preferido no considerar un concepto doctrinal que parecería un simple desperfecto en la técnica legislativa, sin embargo como hemos analizado tal omisión para los juzgadores al momento de resolver un caso podría ser de vital importancia. Es así, que de nuestra parte estimamos que la indemnización comentada puede ser conceptualizada como aquella obligación legal derivada del decaimiento de la relación matrimonial por la causal de la separación de hecho, declarado judicialmente a través de una sentencia de separación de cuerpos o de divorcio, cuya esencia reside en el derecho que nace en favor de un cónyuge y a cargo del otro, al pago de un resarcimiento en aquellos supuestos en que al momento de la interposición de la demanda se acredite la configuración de una inestabilidad económica entre las posiciones personales de los cónyuges, capaz de generar un perjuicio de naturaleza objetiva.
- 4.- Conforme a su adecuada y más coherente naturaleza jurídica antes precisada y al concepto esbozado, se advierte que la indemnización (peruana) en comento posee ciertas características que la identifican y distinguen de cualquier otra figura jurídica, como son que es una obligación legal emanada del decaimiento del matrimonio, un derecho personalísimo, que tiene un carácter circunstancial y relativo, la misma que debe ser declarada judicialmente (separación de cuerpos o divorcio) y que siempre debe ser a pedido de parte.

- 5.- Finalmente, consideramos que en el marco de los principios de rogación y de congruencia procesal, la indemnización estudiada requiere que sea solicitada judicialmente por las partes y, además, que dicha petición sea oportuna en la forma y en el tiempo, es decir, que se acuerde como medida definitiva a adoptar en los procesos de separación de cuerpos o de divorcio y en relación al momento de la ruptura matrimonial. Por consiguiente, respetuosamente discrepamos con aquella tendencia jurisprudencial nacional que abre la posibilidad de un pronunciamiento de propia iniciativa del juez (*ex officio*), sin que sea pretendido, que viene alterando por completo a la figura jurídica que comentamos y que es consecuencia de una deficiente regulación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, XAVIER y PICO Y JUNIO, JOAN (Coordinadores). (2005). "Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez civil". En: *Problemas actuales de la prueba civil*. España, J. M. Boch Editor.

AGUILÓ REGLA, JOSEPH. (2002). "Técnica Legislativa y Documentación Automática de Legislación". En: *Elementos de Técnica Legislativa*. Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Valle (Coordinadores). México, UNAM.

ALCALÁ-ZAMORA. (1972). *Cuestiones de Terminología*. México, UNAM.

ALFARO VALVERDE, LUIS. (2008). "El ser y el Deber Ser de la denominada 'indemnización en caso de perjuicio', derivada de la causal de separación de hecho. Algunas notas en torno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 123. Lima, Gaceta Jurídica, diciembre 2008.

ALFARO VALVERDE, LUIS. (2009). "Análisis Procesal del requisito 'estar al día en la obligación alimentaria', para invocar la causal de separación de hecho". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 124. Lima, Gaceta Jurídica, enero 2009.

APARICIO AUÑON, EUSEBIO. (1999). "La pensión compensatoria". En *Revista de Derecho de Familia*. Nº 5, octubre 1999.

ARIAS-SCHREIBER, MAX. (2002). "Exégesis del Código Civil peruano de 1984". Tomo VII. En: *Derecho de Familia*. Tercera Edición. Con la colaboración de ÁNGELA ARIAS-SCHREIBER M. y ALEX PLÁCIDO VILCACHAGUA. Lima, Gaceta Jurídica.

BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO. (1983). *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi.

BETEGON, JERÓNIMO; GASCÓN, MARINA; DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN; PRIETO, LUIS. (1997). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, McGraw-Hill.

BORDA, GUILLERMO A. (1993). *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo I. Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot.

BORDA, GUILLERMO A. (1994). *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio*. Buenos Aires, Edit. El Derecho.

CABANELLAS, GUILLERMO. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II C-H. Vigésima Séptima Edición. Buenos Aires, Heliasta.

CABELLO MATAMALA, CARMEN JULIA. (2001). "Divorcio ¿Remedio en el Perú?" En: *Derecho PUCP*. N° 54.

CABELLO MATAMALA, CARMEN JULIA. (2003). *Comentario al inciso 12 del artículo 333 del Código Civil Comentado*. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica.

CAMPUZANO TOME, HERMINIA. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. Barcelona, Bosch.

CARBONNIER, JEAN. (1971). *Derecho Civil*. Tomo I, Vol II. Traducción de Manuel M. Zorrilla Ruiz. Barcelona, Bosch.

CIFUENTES, SANTOS. (1990). "El divorcio y la responsabilidad por daños". En: *Ius et Praxis*. N° 15, junio 1990.

COUTURE, EDUARDO. (2005). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta Edición. Montevideo – Buenos Aires, Bdefe.

CORNEJO CHAVEZ, HÉCTOR. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima, Gaceta Jurídica.

DEL VECCHIO, GIORGIO. (2006). *Los Principios Generales del Derecho*. Lima, ARA.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. (1999). *Derecho de daños*. Madrid, Civitas.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. (1969). *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa.

GARCÍA RUBIO, M. (1995). *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Madrid, Civitas.

HART, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford.

LEYSSER L., LEÓN. (2007). "¿30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el 'daño al proyecto de vida' continúa inflando peligrosamente los resarcimientos". Tomado de la Web: www.diálogoconlajurisprudencia.com. *Diálogo con la Jurisprudencia*. 117 Tomos. Mayo 2007, consultado el 28 de enero del 2009.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*. Valencia, Tirant lo blanch.

MESINAS MONTERO, FEDERICO G. (2005). "La separación de hecho y el divorcio inviable". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 76, Vol 10. Lima, Gaceta Jurídica, enero del 2005.

MEORO, CLEMENTE M., en LOPEZ, A.M. (a cura di). (1997). *Derecho de familia*. Valencia, Edit. Tirant lo blanch.

MIRANDA CANALES, MANUEL. (2004). "Nuevas Causales de la separación de cuerpos y del divorcio incorporados por la Ley 27495". En: *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial. Año 2, N° 4, abril-junio 2004.

MONROY GALVEZ, JUAN. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Lima, Temis.

MONTERO AROCA, JUAN. (2006). *Proceso Civil y Garantía Penal*. Valencia, Tirant lo blanch.

MORELLO MILLAN, FRANKLIN. (2002). *La Jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho*. Bogotá, Ed. Leyer.

MOSQUERA VASQUEZ, CLARA CELINDA. "Indemnización y alimentos del cónyuge perjudicado con la separación de hecho". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 94, Vol 12. Lima, Gaceta Jurídica, julio del 2006.

MURO ROJO, MANUEL y REBAZA GONZÁLES, ALFONSO. (2003). En "Código Civil Comentado". Tomo II, Primera parte. *Derecho de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica.

OSTERLING PARODI, FELIPE y CASTILLO FREYRE, MARIO. *Responsabilidad Civil derivada del Divorcio*. En la Web: www.castillofreyre.com consultada el 15 de febrero del 2009.

PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, MANUEL. (1989). *Derecho de Familia*. Madrid, Edit. Universidad de Madrid.

PEREDA GOMEZ F, JAVIER y VEGA SALA, FRANCISCO. (1994). *Derecho de Familia*. Barcelona, Praxis S.A.

PIZARRO WILSON, CARLOS. (2004). "La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil". En *Revista Chilena de Derecho Privado (RCHDP)*. Vol. 34 N° 1.

PLACIDO VILCACHAGUA, ALEX. (2008). "Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica.

PLACIDO VILCACHAGUA, ALEX. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Gaceta Jurídica.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX. (2001). *Divorcio*. Lima, Gaceta Jurídica.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, ALEX. (2003). "La separación de hecho: ¿Divorcio culpa o divorcio remedio? Análisis y crítica jurisprudencial". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica.

RAZ, JOSEPH. (2002). "¿Por qué interpretar?". En: *Interpretación jurídica y decisión judicial*. VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.). (2002). México, Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea.

ROCA TRIAS, ENCARNACIÓN. (1984). En: AMOROS GUARDIALA, MANUEL (a cura di). *Comentario a las reformas del derecho de familia*. Tomo I. Madrid, Edit. Tecnos.

ROCA TRIAS, ENCARNACIÓN. (1999). *Familia y Cambio Social (De la casa a la persona)*. Madrid, Cuadernos Civitas.

SÁNCHEZ PEDRERO, A. (2003). *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*. Valencia, Tirant lo blanch.

SUAREZ FARFAN, ANA VICTORIA. (2007). "Divorciarme!... Por la causal de ¿separación o abandono de hecho? Aproximación a la incompatibilidad normativa generada por la introducción de la separación de hecho en la lista de causales de divorcio". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 109, Vol 13. Lima, Gaceta Jurídica, octubre de 2007.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. (2007). *Divorcio y Separación de Cuerpos*. Lima, Grigley.

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. (2003). *La Pensión Compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*. Segunda Edición. Valladolid, Editorial Lex Nova.

LEGISLACIÓN

Código Civil Peruano.

Código Procesal Civil Peruano.

Código Civil Argentino.

Código Civil Chileno.

Código Civil Mexicano.

Código Civil Español.

Código Civil Italiano.

Código Civil Francés.

JURISPRUDENCIA

STC. Nº 01-1997-AI/TC, fundamento 4. Diario Oficial "El Peruano" del 06 de marzo del 2002.

STC. Nº 04-2004-CC/TC, fundamento 32. Extraído la Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>, consultada el 16 de febrero del 2009.

STC. Nº 047-2004-AI/TC. Diario Oficial "El Peruano" del 13 de mayo del 2006.

STC. Nº 05406-2006-PA/TC. Diario Oficial “El Peruano” del 09 de noviembre del 2008.
CAS. Nº 1120-2002-PUNO. SPIJ. Consultada el 03 de febrero del 09.
CAS. Nº 308-2003-ICA. Diario Oficial “El Peruano” del 31 de marzo del 2004.
CAS. Nº 606-2003-SULLANA. Diario Oficial “El Peruano” del 11 de julio del 2003
CAS. Nº 802-2003-CHINCHA. Diario Oficial “El Peruano” del 03 de mayo del 2004.
CAS. Nº 2190-2003-SANTA. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de septiembre del 2004.
CAS. Nº 2497-2003-CAJAMARCA. Diario Oficial “El Peruano” del 03 de mayo del 2005.
CAS. Nº 2548-2003-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de noviembre del 2003
CAS. Nº 208-2004-PIURA. Data 30,000. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica.
CAS. Nº 784-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 14 de marzo del 2006.
CAS. Nº 1358-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de octubre del 2006
CAS. Nº 1512-2005-LAMBAYEQUE. Diario Oficial “El Peruano” del 02 de octubre del 2006.
CAS. Nº 1782-2005-LIMA. SPIJ. Consultada el 27 de enero del 2009.
CAS. Nº 2178-2005-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 10 de mayo del 2006.
CAS. Nº 2413-2005-LIMA. SPIJ. Consultada el 27 de enero del 2009.
CAS. Nº 2449-2006-CUSCO. Diario Oficial “El Peruano” del 30 de noviembre del 2006
CAS. Nº 3647-2006-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 16 de octubre del 2006.
CAS. Nº 3973-2006-LIMA. Diario Oficial “El Peruano” del 01 de febrero del 2007.

La siguiente publicación
se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Mirza Editores e Impresores SAC.
Jr. Mariscal Miller 917 - Jesús María
Telefax: 330-6204 / 431-6222