Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Criterios interpretativos de los incisos 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal (sobre terminación anticipada) para garantizar la participación activa del actor civil

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales

AUTOR

Jennifer Esther BARZOLA PILLACA

ASESOR

Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Barzola, J. (2023). *Criterios interpretativos de los incisos 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal (sobre terminación anticipada) para garantizar la participación activa del actor civil*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Jennifer Esther Barzola Pillaca
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	44240626
URL de ORCID	----------
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Mg. Ricardo Alberto Brousset Salas
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07374260
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6262-2759
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Dr. José Francisco Urquizo Olaechea
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08762004
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Mg. Alexei Dante Sáenz Torres
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09933720
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Mg. Víctor Jimmy Arbulú Martínez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06927465
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Dr. Raul Ernesto Martinez Huaman
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	41929473
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Calle: Av. Germán Amézaga s/n, Ciudad Universitaria. Sede Central. Latitud: -12.05819215 Longitud: -77.0189181894387 Se requieren coordenadas, no colocar enlaces. Puedes obtener las **coordenadas GD** de sitios como https://www.google.com.pe/maps/ https://www.coordenadas-gps.com/ https://www.mapsdirections.info/
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Marzo 2017 - octubre 2022 2017 - 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los seis días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. José Francisco Urquizo Olaechea y con la asistencia de los Profesores: Mg. Ricardo Alberto Brousset Salas, Mg. Alexei Dante Sáenz Torres, Mg. Víctor Jimmy Arbulú Martínez, Dr. Raul Ernesto Martinez Huaman, y la postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller doña **Jennifer Esther BARZOLA PILLACA,** procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **"CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LOS INCISOS 2 Y 5 DEL ARTÍCULO 468° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL (SOBRE TERMINACIÓN ANTICIPADA) PARA GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL ACTOR CIVIL".**

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de bueno con la nota de dieciséis (16)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales a la Bachiller en Derecho doña **Jennifer Esther BARZOLA PILLACA.**

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecinueve horas con veinte minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. José Francisco URQUIZO OLAECHEA
Presidente
Profesor Principal

Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS
Asesor
Profesor Principal

Mg. Alexei Dante SÁENZ TORRES
Miembro
Profesor Principal

Mg. Víctor Jimmy ARBULÚ MARTÍNEZ
Jurado Informante
Profesor Asociado

Dr. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN
Jurado Informante
Profesor Contratado

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD Nº 060-2023-UPGD

1. **FACULTAD:** FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.

2. UNIDAD DE POSGRADO.

3. **DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

4. DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA.

5. **OPERADOR:** JOYCE AURORA CÓRDOVA ABANTO

6. **TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÒN EN DERECHO DE LA EMPRESA**

7. **AUTOR:** JENNIFER ESTHER BARZOLA PILLACA

8. **TESIS:** "CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LOS INCISOS 2 Y 5 DEL ARTÍCULO 468° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL (SOBRE TERMINACIÓN ANTICIPADA) PARA GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL ACTOR CIVIL".

9. **FECHA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTO (CORREO ELECTRÓNICO):** 25/05/2023

10. **FECHA DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA INFORMÁTICO DE SIMILITUDES:** 27/05/2023

11. **SOFTWARE UTILIZADO:**
    a. TURNITIN

12. **CONFIGURACIÓN DE PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
    a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
    b. Excluye bibliografía.
    c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
    d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)

13. **PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
    a. 08% (Ocho por ciento)

Se adjunta link para descargar informe completo, **en el informe se señala en colores las coincidencias encontradas**, las cuales no superan el 10% permitido.

Link de descarga de informe completo:

https://drive.google.com/file/d/1GYit8bpkaQf0ZXeW733c_K6Y_jiY9bYD/view?usp=share_link

CALIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

a) Documento cumple criterios de originalidad

Lima, 27 de mayo del 2023



Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
DIRECTOR

Con amor para mi hermoso Israel, el amor más puro que la vida me ha dado.

A mi amada familia, por estar siempre presente y atenta de cada paso que doy en mi vida profesional y académica.

A mi querida alma mater: “la Universidad Nacional Mayor de San Marcos” por todo lo que significa en mi vida.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA 25

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 30

2.1. Problema principal.....30

2.2. Problemas secundarios.....31

3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....31

3.1. Hipótesis general.....31

3.2. Hipótesis secundarias 32

4. OBJETIVOS 35

4.1. Objetivo general 35

4.2. Objetivos específicos..... 35

5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 36

5.1. Justificación teórica.....36

5.2. Justificación práctica 36

5.3. Justificación social 37

6. METODOLOGÍA.....38

CAPÍTULO II.- LA VÍCTIMA Y SU EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO.

1. Definición del término víctima 39

2. Evolución histórica de la participación de la víctima en la justicia penal. 45

2.1. La edad de oro: La víctima como principal protagonista.....45

2.2. La Ley del Talión: Límites a los derechos ilimitados de la víctima…47

2.3. L
2.4. a compensación: Restricción a la Ley del Talión 51
2.5. La aparición del Estado: Neutralización de la víctima 53

3. La victimología como ciencia jurídica: Punto de partida para el redescubrimiento de la víctima en el sistema penal 57
3.1. Origen de la victimología 57
3.2. Etimología del vocablo victimología 59
3.3. Objeto de estudio 59
3.4. La corriente del redescubrimiento de la víctima 60

4. Conclusiones del capítulo 63

CAPÍTULO III.- LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DEL AGRAVIADO Y ACTOR CIVIL EN LAS NORMAS PROCESALES PENALES: HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA VICTIMOCÉNTRICO.

1. **Derechos reconocidos a la víctima en el Título Preliminar del Código de Procedimientos Penales de 1940** 66

2. **Derechos del agraviado y de la parte civil en el Código de Procedimientos Penales de 1940** 70
2.1. Definición de agraviado 70
2.2. Facultades del agraviado 71
2.3. Facultades de la parte civil 73

3. **Derechos reconocidos a la víctima en el Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004.** 80

4. **Tratamiento del agraviado según el Código Procesal Penal de 2004** 87

4.1. Definición de agraviado 87
4.2. Derechos y deberes del agraviado 92

5. Tratamiento del actor civil en el Código Procesal Penal de 2004

5.1. Definición de actor civil 98
5.2. Actor civil como titular de la acción civil, según el inciso 1 del artículo 11° del Código Procesal Penal de 2004 100
5.3. Oportunidad para constituirse en actor civil según los pronunciamientos de la Corte Suprema: En la investigación preparatoria – Acuerdo Plenario 5-2010, en la acusación directa – Acuerdo Plenario 6-2010 y en el proceso inmediato – Acuerdo Plenario extraordinario 2-2016 102
5.4. Requisitos para constituirse en actor civil 107
5.5. Trámite de la constitución en actor civil, en relación con el Acuerdo Plenario 5-2010 109
5.6. Derechos y facultades del actor civil 110

6. **Breves referencias a la participación del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada** 113

7. **Conclusiones del capítulo .....** 116

CAPÍTULO IV.- LA INFLUENCIA DEL MODELO NORTEAMERICANO DEL *PLEA BARGAINING*: LA NULA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA TERMINACIÓN ANTICIPADA PERUANA.

1. Panorama general 120

2. Sistema jurídico penal norteamericano 123

2.1. Antecedentes 123
2.2. Fuentes del derecho norteamericano-normas que regulan el *plea*

bargaining 124
2.3. Modelo procesal 124
2.4. División de delitos 126
2.5. Etapas del proceso penal norteamericano 127

3. *"Plea Bargaining"* – (SIGLO XIX) 134
3.1. Definición 134
3.2. Origen histórico: cuándo, dónde y por qué 136
3.3. Tipos de pleas of guilty 143
3.4. Áreas de negociación o categorías del *plea bargaining* 144
3.5. Tratamiento 148
3.5.1. Etapa en la que se lleva a cabo el *plea bargaining* 151
3.5.2. Requisitos para una aceptación válida del *plea of guilty* 152
3.5.3. Consecuencias de la aceptación del guilty plea 154
3.5.4. Etapa de negociación: Rol que desempeña cada sujeto procesal 154
a) El abogado defensor 154
b) Ministerio Público (prosecutor) 156
c) Juez 157
d) Acusado 159
3.6. Tratamiento de la víctima en el *"plea bargaining"* 160
3.7. Argumentos a favor y en contra del *plea of guilty* 171
3.7.1. Posturas de los defensores del *plea bargaining* 171
3.7.2. Posturas de los que están en contra del *plea bargaining* ... 172
3.8. Posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en cuanto a las declaraciones de culpabilidad – *plea bargaining* 176

4. Diferencias sustanciales entre el *plea bargaining* estadounidense y el proceso especial de terminación anticipada en el Perú 186

5. Conclusiones del capítulo 189

CAPÍTULO V.- LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA EN ITALIA:

EL PATTEGGIAMENTO.

1. Sistema procesal penal italiano 192

1.1. Antecedentes 193

1.2. Tratamiento del proceso penal italiano: Código de Procedimiento Penal de 1988 – "*Códice di Procedura Penale*" 201

1.2.1. Etapas del proceso penal italiano 202

a) Investigación preliminar..... 203

b) Audiencia preliminar – Etapa intermedia 215

c) Giudizio – Juicio oral 226

1.2.2. Características del proceso penal italiano 230

1.3. Modelo procesal penal italiano 233

2. El *"pattegiamento"* o aplicación a instancia de partes.....237

2.1. Definición..... 238

2.2. Tratamiento de la *"applicazione della pena su richiesta delle parti",* más conocido como *"patteggiamento"*.....239

2.2.1. Antecedentes..... 239

2.2.2. Regulación actual..... 245

a. Sujetos procesales que están facultados para instar el *patteggiamento*.....251

b. Oportunidad procesal en la que se incoa el *patteggiamento*..... 252

c. Respecto del acuerdo: Beneficios como consecuencia de la negociación entre las partes 254

c.1. Objeto del acuerdo.....254

c.2. Beneficios de la aplicación de la solicitud de aplicación de la pena a pedido de partes..... 258

c.3. Delitos para los que no procede la aplicación del *patteggiamento* 260

d. Requisitos para la aceptación de la *aplicación de la pena a pedido de las partes 260*

e. Rol que desempeña cada sujeto procesal.....261

e.1. Juez 261

e.2. Fiscal 265
e.3. Defensa..... 266
e.4. Imputado 267
f. Tratamiento de la víctima en el *pattegiamento* 268
g. Efectos de la *sentenza patteggiata*.....276

2.3. Críticas a la figura procesal del *pattegiamento* 277
2.4. Diferencias resaltantes entre el *plea bargaining,* el *pattegiamento* y la terminación anticipada en el Perú.....280

3. Conclusiones del capítulo 284

CAPÍTULO VI. - ESTUDIO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO: RELACIÓN CON *LOS PRE ACUERDOS Y ACUERDOS COLOMBIANOS.*

1. Estructura del procesal penal colombiano 288
1.1. Modelo procesal penal colombiano 290
1.2. Partes e intervinientes en el proceso penal colombiano 291
1.2.1. El Ministerio Público..... 292
1.2.2. Fiscalía General de la Nación.....294
1.2.3. Defensa 295
1.2.4. Imputado..... 296
1.2.5. Víctima 296
1.3. Etapas del proceso penal colombiano..... 305
1.3.1. Etapa de la indagación 305
a. Actos iniciales en la indagación 305
b. Plazo procesal de la indagación 309
c. Órganos intervinientes.....311
d. Decisión de la indagación.....314
1.3.2. Etapa de la investigación.....316
a. La imputación..... 316
b. La acusación 318
c. La preclusión..... 320

1.3.3. Etapa de juzgamiento 321
a. Audiencia de presentación de la acusación..... 322
b. Audiencia preparatoria 323
c. Juicio oral 325
d. Audiencia de reparación integral 327

2. La justicia penal negociada en Colombia: Análisis de la terminación anticipada y los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad. 328
2.1. Desarrollo legislativo 330
2.1.1. Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991: *"Sentencia anticipada"* 330
2.1.2. Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 – C. de PP de 1991: *"Terminación anticipada"* 332
2.1.3. Ley N° 81 del 02 de noviembre de 1993: *"Sentencia anticipada" y "Audiencia especial"*..... 336
2.1.4. Ley N° 365 del 21 de febrero de 1997.....353
2.2. Los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad en el Código de Procedimiento Penal de 2004 colombiano 360
2.1.1. Panorama general. 360
2.1.2. Naturaleza jurídica 363
2.1.3. Finalidades de los preacuerdos y negociaciones.....363
2.1.4. Principios en los que se sustentan los preacuerdos y negociaciones..... 365
2.1.5. Definición de preacuerdos y negociaciones.....366
2.1.6. Trámite procedimental..... 366
a. Sujetos facultados para incoar los preacuerdos y negociaciones 367
b. Sujetos facultados para participar en los preacuerdos y negociaciones 367
c. Oportunidad procesal 367
d. Requisito de procedibilidad 368
e. Objeto de negociación..... 368

f. Procedimiento 369
g. Beneficios premiales 370
h. Aceptación total o parcial de los cargos.....370
i. Participación de los sujetos procesales.....370

3. Conclusiones del capítulo.....385

CAPÍTULO VII.- EXAMEN DOGMÁTICO DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004: CON ESPECIAL ATENCIÓN DEL ARTÍCULO 468° Y ÉNFASIS EN LA PARTICIPACIÓN DEL ACTOR CIVIL

1. Panorama general. 389
2. Antecedentes 391

2.1. Fuente inmediata de la terminación anticipada 391
2.2. Evolución legislativa.....394
2.2.1. Ley N° 26320 de 1994: La terminación anticipada únicamente para delitos de tráfico ilícito de drogas.....394
2.2.2. Ley N° 26461 de 1995: La terminación anticipada en los delitos aduaneros..... 397
2.2.3. Ley N° 28008 de 2003: Ley que modifica la Ley N° 26461 ...397

3. Concepto 398
4. Naturaleza jurídica 400
5. Fundamentos constitucionales 401
6. Finalidad y justificación.....402
7. Fundamento material de la terminación anticipada 404
8. Análisis del artículo 468° del Código Procesal Penal peruano de 2004. 406

8.1. Panorama general….....406
8.2. Sujetos procesales facultados para incoar la terminación anticipada 408
8.3. Competencia 408

8.4. Oportunidad procesal 408
8.5. Beneficio premial 419
8.6. Ámbito de aplicación 421
8.7. Trámite procedimental 422

9. Hacia una reconstrucción normativa del papel de la víctima en la terminación anticipada: Análisis de la participación del actor civil… 427
9.1. Panorama general… 427
9.2. Análisis de los incisos 2 y 5 del artículo 468°: limitaciones quepresenta el actor civil a efectos de participar en la etapa de negociación de la terminación anticipada 428

10. Derechos fundamentales que se afectan con la limitación de la participación de la víctima, en la etapa de negociación, en la terminación anticipada 436
10.1. Vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima 436
10.2. Transgresión al derecho a ser oído, reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos 438
10.3. Vulneración a la igualdad de armas constitucional, que se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 139°, inciso 3 (debido proceso), de la Constitución 440
10.4. Quebrantamiento del debido proceso, específicamente al derecho a la defensa 442

11. Interpretación sistemática como garantía a los derechos fundamentales de la víctima 446

12. Primacía de la Constitución ante dispositivos normativos de menor rango 448

13. Beneficios de la incorporación de la víctima en los acuerdos provisionales y en las negociaciones en la terminación

anticipada 455

14. Conclusiones del apartado 458

CONCLUSIONES FINALES 461

ANEXOS 468

PROPUESTA DE LEGE FERENDA 487

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 488

RESUMEN.

En la antigüedad, durante la edad de oro de la "*víctima*", la acción penal y la acción civil estaban en manos de este individuo. La víctima tenía el poder de decidir qué hacer con el delincuente, hasta podía acabar con la vida de este si así lo decidía *("Ley del Talión"*) o solicitar una compensación a cambio de perdonarle la vida. Dicho apogeo de la víctima cayó con la aparición del Estado, quien terminó concentrando la acción penal y en cierta medida también la acción civil.

Con el Código de Procedimientos Penales (en adelante C. de PP) de 1940, si bien a la Parte Civil se le reconocía ciertos derechos, estos eran supeditados siempre a la opinión del fiscal, por lo que no existía una total independencia en su accionar. Sin embargo, con la promulgación del Código Procesal Penal (en adelante CPP) del 2004 se verificó una gran transformación en cuanto a la participación del agraviado constituido en actor civil, especialmente con la incorporación del inciso 1 del artículo 11°, donde por primera vez se dejó de lado la participación del Ministerio Público -respecto del extremo civil del proceso- ante la verificación de un actor civil debidamente constituido. Así, dicho artículo a la letra señala de manera enfática que *"una vez que el agraviado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público, respecto del objeto civil del proceso".*

La incorporación de dicho dispositivo normativo, resulta ser eficiente para el actor civil, toda vez que le brinda independencia en su actuación procesal, respecto del objeto civil del proceso. Sumado a ello, actualmente los artículos 104° y 105° del CPP de 2004 otorgan diversas facultades al actor civil para que pueda ejercer de manera activa su participación al interior del proceso penal. Sin embargo, dichas potestades son suprimidas durante el proceso especial de terminación anticipada debido a la omisión en la que ha incurrido nuestro legislador al redactar los incisos 2 y 5 del artículo 468° del CPP de

2004, el mismo que no se concilia con lo estipulado en el inciso 1 del artículo 11°.

Este escenario negativo para el actor civil que ha dejado nuestro legislador al momento de detallar la participación de esta parte procesal al interior del proceso especial de terminación anticipada, ha traído consecuencias perjudiciales para la víctima en general, debido a que en la práctica diversos órganos jurisdiccionales realizan una interpretación literal de los incisos 2 y 5 del art. 468°, omitiendo la participación del actor civil, pese a lo regulado en el inciso 1 del artículo 11 del Código Adjetivo.

En ese sentido, la presente investigación tiene como finalidad sustentar que la interpretación sistemática – entre los siguientes artículos: *a) inciso 2 del artículo 2 e inciso 2 del artículo 138 de la Constitución, b) inciso 3 del artículo I, inciso 3 del artículo VII, inc. 3 del artículo IX y artículo X del Título Preliminar del CPP de 2004, c) inciso 1 del artículo 11, artículo 94°, artículo 98° y artículo 468°del CPP de 2004* - es la interpretación adecuada para garantizar la participación y el derecho de defensa del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada. Esto, hasta que el legislativo decida modificar los incisos 2 y 5 del artículo 468° e incorpore literalmente la participación de dicha parte procesal.

En esa línea de ideas, el desarrollo de la presente investigación se inicia con la exposición sobre los derechos que tenía la víctima en la antigüedad para luego aterrizar en la regulación actual de nuestro CPP de 2004, respecto a los derechos que actualmente se le reconoce. Asimismo, se analiza los orígenes de la institución procesal de la terminación anticipada, a fin de explicar las razones del por qué la víctima participa o no en determinado ordenamiento jurídico. Y, por último, se estudia de manera conjunta las distintas disposiciones normativas que otorgan derechos de participación a la víctima al interior del proceso penal, desde nuestra Constitución, pasando por el Título Preliminar del CPP de 2004 y finalmente concatenándolas con los artículos en cuestión. Todo ello a fin de sostener que la interpretación

que garantiza el derecho de defensa y la tutela jurisdiccional efectiva del actor civil es la sistemática y no la literal y que el actor civil es la parte procesal legitimada para negociar el extremo civil del proceso y no el Ministerio Público.

Finalmente, es importante mencionar que el presente trabajo de investigación surgió de la práctica judicial, específicamente del Expediente N° 3522-2017, iniciado en el octavo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Callao, para luego subir en apelación a la Sala Penal de Apelaciones y finalmente terminar en la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema vía Recurso de Casación Excepcional (N° 1223-2018-Callao), donde se declaró fundada la Casación interpuesta por mi persona.

Si bien la Corte Suprema terminó inclinándose por mi propuesta de realizar una interpretación sistemática entre los incisos 2 y 5 del artículo 468° con el inciso 1 del artículo 11 del CPP de 2004 y demás normas relativas a la participación del actor civil al interior del proceso penal, ésta no ha sido fijada como doctrina jurisprudencial vinculante y así lo hubieran declarado como tal, como todos sabemos, el efecto no es el mismo que produce una modificación normativa, motivo por el que en la presente tesis postulo una modificación de *lege ferenda* de los incisos 2 y 5 del artículos 468°, donde se deberá incorporar literalmente al actor civil a fin de participar en el proceso especial de terminación anticipada y poder garantizar su derecho de defensa y la tutela jurisdiccional efectiva como la Constitución lo ordena.

Palabras claves: Víctima / Agraviado / Perjudicado / Actor Civil / Justicia Penal Negociada / *Plea Bargaining* / Preacuerdos colombianos / *Patteggiamento* / Terminación Anticipada / Interpretación Sistemática.

ABSTRACT.

In ancient times, during the golden age of the “victim”, criminal action and civil action were in the hands of this individual. The victim had the power to decide what to do with the offender, he could even end his life if he so decided(“Talion Law”) or request compensation in exchange for sparing his life. Thisapogee of the victim fell with the appearance of the State, which ended up concentrating the criminal action and to a certain extent also the civil action.

With the Code of Criminal Procedures (hereinafter C. de PP) of 1940, although the Civil Party was recognized certain rights, these were always subject to the opinion of the prosecutor, so there was no total independence in their actions. . However, with the promulgation of the Criminal Procedure Code (hereinafter CPP) of 2004, a great transformation was verified in terms of the participation of the aggrieved party constituted in a civil action, especially with the incorporation of subsection 1 of article 11, where for the first time The participation of the Public Prosecutor's Office was left aside - regarding the civil end of the process- before the verification of a duly constituted civil actor. Thus, said article to the letter emphatically states that “once the aggrieved party becomes a civil actor, the legitimacy of the Public Ministry ceases, with respect to the civil object of the process.”

The incorporation of said normative device, turns out to be efficient for the civil actor, since it gives him independence in his procedural action, with respect to the civil object of the process. In addition to this, currently articles 104 and 105 of the CPP of 2004 grant various powers to the civil actor so

that he can actively exercise his participation within the criminal process. However, said powers are suppressed during the special process of early termination due to the omission incurred by our legislator when drafting subsections 2 and 5 of article 468 of the 2004 CPP, the same that does not reconcile with the stipulated in paragraph 1 of article 11°.

This negative scenario for the civil actor that our legislator has left at the time of detailing the participation of this procedural part within the special process of early termination, has brought detrimental consequences for the victim in general, because in practice various jurisdictional bodies make a literal interpretation of subsections 2 and 5 of art. 468°, omitting the participation of the civil actor, despite what is regulated in subsection 1 of article 11 of the Adjective Code.

In this sense, the purpose of this research is to support that the systematic interpretation – among the following articles: a) subsection 2 of article 2 and subsection 2 of article 138 of the Constitution, b) subsection 3 of article I, subsection 3 of article vii, inc. 3 of article IX and article X of the Preliminary Title of the CPP of 2004, c) subsection 1 of article 11, article 94°, article 98° and article 468° of the CPP of 2004 - it is the adequate interpretation to guarantee the participation and the right defense of the civil actor in the special process of early termination. This, until the legislature decides to modify subsections 2 and 5 of article 468° and literally incorporates the participation of said procedural party.

In this line of ideas, the development of this investigation begins with the exposition on the rights that the victim had in ancient times and then lands on

the current regulation of our CPP of 2004, regarding the rights that are currently recognized. Likewise, the origins of the procedural institution of early termination are analyzed, in order to explain the reasons why the victim participates or not in a certain legal system. And, finally, the different normative provisions that grant participation rights to the victim within the criminal process are studied jointly, from our Constitution, through the Preliminary Title of the CPP of 2004 and finally concatenating them with the articles in question. All this in order to maintain that the interpretation that guarantees the right of defense and the effective jurisdictional protection of the civil actor is the systematic one and not the literal one and that the civil actor is the procedural party entitled to negotiate the civil end of the process and not the Public ministry.

Finally, it is important to mention that this research work arose from judicial practice, specifically from File No. 3522-2017, initiated in the eighth Preparatory Investigation Court of the Superior Court of Justice of Callao, and then went up on appeal to the Criminal Court of Appeals and finally endup in the Temporary Criminal Court of the Supreme Court via Exceptional Cassation Appeal (No. 1223-2018-Callao), where the Cassation filed by me was declared founded.

Although the Supreme Court ended up leaning towards my proposal to carry out a systematic interpretation between subsections 2 and 5 of article 468° with subsection 1 of article 11 of the CPP of 2004 and other regulations related to the participation of the civil actor within the process penal, this has not been set as a binding jurisprudential doctrine and they would have

declared it as such, as we all know, the effect is not the same as that produced by a normative modification, which is why in this thesis I postulate a modification of lege ferenda of subsections 2 and 5 of articles 468°, where the civil actor must be literally incorporated in order to participate in the special process of early termination and be able to guarantee his right of defense and effective jurisdictional protection as ordered by the Constitution.

Keywords: Victim / Aggrieved / Injured / Civil Actor / Negotiated Criminal Justice / Plea Bargaining / Colombian Pre-Agreements / Patteggiamento / Early Termination / Systematic Interpretation.

INTRODUCCIÓN.

La terminación anticipada es una figura procesal que tiene origen norteamericano: *"el plea bargining".* Esta institución ha venido esparciéndose por todo Europa y América Latina, asumiendo diversos nombres (*patteggiamento,* Acuerdos, Terminación Anticipada, etc.) y distintas modificaciones según el ordenamiento jurídico donde se desenvuelve.

En el ordenamiento jurídico peruano se incorporó por primera vez en 1994 a través de la Ley N° 26320 y únicamente para delitos de Tráfico Ilícito de Drogas. Esta Ley, tuvo como fuente directa el artículo 37° original del Código Procesal Penal colombiano de 1991, el mismo que tuvo influencia inmediata del *pattegiamentto* italiano. Posteriormente, en 1995 mediante la Ley N° 26461, se amplió su aplicación para los delitos aduaneros. Y finalmente, mediante el numeral 4° de la primera disposición final del CPP del 2004, se estableció que a partir del 01 de febrero del 2006 entraría en vigencia en todo el territorio nacional desde el artículo 468° al 471°, artículos que regulan el proceso especial de terminación anticipada para toda clase de delitos.

La aplicación del proceso especial de terminación anticipada no causó mayores problemas cuando aún no se encontraba vigente la aplicación de las demás disposiciones normativas del CPP de 2004, especialmente, lo regulado en el inciso 1 del artículo 11°, referido a la cesación de la legitimidad del Ministerio Público cuando el agraviado se había constituido en actor civil. Sin embargo, el problema se suscitó de manera paulatina con la vigencia plena –en cada distrito judicial- de todo el CPP, pues lo regulado en los incisos 2 y 5 del artículo 468° no se armoniza con lo señalado en el inciso 1 del artículo 11° de dicho cuerpo adjetivo.

Así, el inciso 2 y 5 del artículo 468° prescribe que quien negocia el extremo tanto de la pena como de la reparación civil es el Ministerio Público. Sin embargo, tal redacción obvió incorporar la participación del actor civil en la negociación del extremo civil del proceso, a fin de que se condiga con lo

prescrito en el inc. 1 del artículo 11°, pues de lo contrario lo estipulado en este último artículo sería letra muerta.

En reiterada jurisprudencia nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que todas las disposiciones que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico deben de ser un todo unitario, deben de armonizarse, no pueden contradecirse; por lo que si esto es así la redacción del artículo 468° debió realizarse de tal manera que permita la participación de todos los sujetos involucrados en razón al ámbito que le corresponde a cada uno. Más aún si la víctima desde los años cincuenta ha venido recuperando diversos derechos de participación procesal, a lo que hoy en día se le conoce como la corriente del *"redescubrimiento de la víctima"*; corriente que en la actualidad se ha visto plasmada en el Decreto Legislativo N° 957 del 22 de julio de 2004 - Código procesal penal.

Así, nuestro legislador ha dotado a la víctima constituida en actor civil, de facultades para participar en distintas etapas del proceso penal como por ejemplo: *a) en las audiencias donde se articulan medios de defensa (cuestión previa, cuestión prejudicial, etc.); b) en la solicitud de declinatoria de competencia; c) en la nulidad de actuados; d) en la etapa de ofrecimientos de medios probatorios, en actos de investigación y de prueba; e) en la incorporación al proceso del tercero civilmente responsable; f) en la impugnación de medidas de coerción procesal (patrimoniales) que afecten su derecho en relación a la reparación civil; g) en la etapa del Juicio Oral, coadyuvando al Ministerio Público a efectos de acreditar la responsabilidad penal del acusado, independientemente de probar los daños que se le ha ocasionado; y, entre otras actuaciones que se deducen del Código adjetivo* (Barzola, 2019, p. 265).

Sin embargo, en la sección V del CPP de 2004 (proceso de terminación anticipada) -*de manera incoherente con los derechos que se le otorga*- el legislador en el art. 468°, *"omitió"* consignar que es esta parte procesal quien debe participar en la negociación del objeto civil del proceso. Pues, *¿por qué dotarle de diversas facultades de participación en distintas etapas del proceso*

para luego ***suprimirlas en un estadio tan transcendental?***, pues recordemos que lo determinante en el proceso especial de terminación anticipada es la etapa de negociación, donde todo el proceso se reduce a una audiencia única, situación que hace imposible pensar en la no participación del agraviado constituido en actor civil.

En este contexto, resulta imperativo reflexionar sobre las atribuciones con las que cuenta el agraviado y el actor civil al interior del proceso penal y especialmente, en el proceso especial de terminación anticipada. Asimismo, conocer un poco más sobre los orígenes de la figura de la terminación anticipada y cuál fue el desenvolvimiento de la víctima en dichos ordenamientos jurídicos, para finalmente analizar qué tipo de interpretación se debe realizar a los incisos 2 y 5 del artículo 468° a fin de garantizar los derechos del actor civil al interior del proceso especial de terminación anticipada.

En ese sentido, el problema de investigación abordado en el presente trabajo es *¿Cuáles son los criterios interpretativos adecuados de los incisos 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal para garantizar la participación activa del actor civil en el proceso de terminación anticipada, a efectos de no vulnerar sus derechos fundamentales?,* el objetivo de la presente investigación es investigar, analizar y demostrar cuáles son los criterios interpretativos, de los incisos 2 y 5 del artículo 468° del CPP, adecuados para garantizar la participación activa del actor civil en el proceso de terminación anticipada, a efectos de no vulnerar sus derechos fundamentales.

La presente investigación cuenta con una justificación teórica, práctica y social; toda vez que, de la revisión de la doctrina, la jurisprudencia y tesis de posgrado, se determinó la ausencia de tratamiento del tema investigado, pues no se ha abordado el tema de la participación de la víctima en el proceso especial de terminación anticipada, desde la perspectiva y problemas que se analiza en el presente trabajo. Asimismo, esta investigación permitirá descubrir el sentido del artículo 468°, en relación a la participación del actor civil, que va de la mano con el espíritu del CPP de 2004, el mismo que intenta

reposicionar a la víctima en cuanto a sus derechos y facultades al interior del proceso penal, para que de esta manera los magistrados puedan realizar una correcta interpretación y aplicación de las normas relacionadas a la participación del actor civil en cuanto a la negociación del objeto civil al interior del proceso especial de terminación anticipada. Además de la correcta aplicación del artículo 468° y el reconocimiento del actor civil de participar en las negociaciones previas, al igual que en la audiencia central de esta institución; también se pretende que dicha parte procesal pueda ejercer de mejor manera los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico y vea materializada la tutela jurisdiccional efectiva en cuanto a su pretensión civil al interior del proceso penal.

La presente investigación está dividida en siete capítulos. En el primer capítulo desarrollo aspectos metodológicos; del segundo al sexto capítulo abordo lo relacionado al estado de la cuestión, por lo que en el segundo se explica la evolución de la víctima en el tiempo, en el tercer capítulo se desarrolla la evolución del tratamiento del agraviado y actor civil en las normas procesales penales, en el cuarto capítulo ingreso a explicar sobre los orígenes de la terminación anticipada en el ordenamiento jurídico estadounidense – el *plea bargaining;* en el quinto capítulo desarrollo lo referido a la justicia penal negociada en Italia, específicamente sobre el *patteggiamento;* en el sexto capítulo analizo el tratamiento de la terminación anticipada en Colombia: "*Los preacuerdos y acuerdos*"; y, finalmente en el séptimo capítulo explico la toma de mi postura y planteo la solución al problema, brindando algunas recomendaciones.

CAPÍTULO I.

1. Situación problemática.

En la Sección II del Libro primero del CPP de 2004 se encuentra regulada la acción civil (desde el art. 11° hasta el art. 15°); en la Sección IV, denominada: *"El Ministerio Público y los demás sujetos procesales",* específicamente en el Título IV, Capítulo I, lo referido a los derechos y deberes del agraviado (desde el art. 94 hasta el art. 97°) y en el Capítulo II- del mismo Título-, lo concerniente al actor civil (desde el art. 98° hasta el art. 106°).

En ese sentido, de la lectura del art. 94° al 97° podemos observar que las facultades que se le otorgan al agraviado a fin de que participe al interior del proceso penal son ínfimas; sin embargo, éste tiene la posibilidad de ampliarlas, con la finalidad de tener una participación más activa, constituyéndose en actor civil -en su oportunidad y forma- de acuerdo a lo previsto en el Código adjetivo y en el Acuerdo Plenario 5-2011-CJ-116.

En esa línea de ideas, el artículo 94° señala que: *"Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo (…)".* De dicho dispositivo normativo se podría afirmar que dicho sujeto procesal, estando a que es la persona agraviada por el delito, debería ser considerada para participar en los acuerdos provisionales junto al fiscal, imputado y su defensa, con la finalidad de velar por sus intereses; sin embargo, tal participación no ha sido estipulada por nuestro legislador en el artículo 468°.

Al respecto es necesario traer a colación lo señalado por el Dr. Reyna (2009), quien considera que el hecho de que el Fiscal incluya a la víctima en reuniones previas, esté o no constituida en actor civil, no solo se sustenta en cuestiones de orden político criminal destinadas a poner de relieve la posición de la víctima dentro del proceso penal sino que tienen su origen en razones de índole práctica como es evitar los riesgos de una posible impugnación por

parte del actor civil; más aún cuando es la víctima quien debe realizar una ponderación adecuada de los efectos del delito sobre el perjudicado en la cual su participación resulta fundamental.

En esa línea de análisis, se tiene lo estipulado en el inciso 1 del artículo 11° de dicho cuerpo normativo, donde claramente se señala que una vez que el agraviado se constituya en actor civil cesa la legitimación del Ministerio Público para pronunciarse sobre el objeto civil del proceso; sumado a ello se cuenta con lo estipulado en el artículo 98°, el mismo que indica que: "*(…) la acción reparatoria sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito*".

De la lectura en conjunto de estos dispositivos normativos podemos apreciar notoriamente que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, habrá cesado la legitimación del Ministerio Público para pronunciarse en cuanto al objeto civil del proceso penal. Sin embargo, algunos jueces no lo consideran así y ello se debe a que – de manera errónea- realizan una interpretación literal del artículo 468°, pese al vacío legal que trae consigo el artículo en mención, específicamente el inciso 2 y 5 - respecto a la participación del agraviado o actor civil en el proceso de terminación anticipada.

En la actualidad, bajo las normas del CPP de 2004, el actor civil tiene diversas facultades para participar en distintas etapas del proceso penal como por ejemplo: *a) en las audiencias donde se articulan medios de defensa (cuestión previa, cuestión prejudicial, etc.); b) en la solicitud de declinatoria de competencia; c) en la nulidad de actuados; d) en la etapa de ofrecimientos de medios probatorios, en actos de investigación y de prueba; e) en la incorporación al proceso del tercero civilmente responsable; f) en la impugnación de medidas de coerción procesal (patrimoniales) que afecten su derecho en relación a la reparación civil; g) en la etapa del Juicio Oral, coadyuvando al Ministerio Público a efectos de demostrar la responsabilidad penal del acusado, independientemente de probar los daños que se le ha ocasionado; y, entre otras actuaciones que se deducen del Código adjetivo*.

Sin embargo, en la sección V de dicho cuerpo normativo (proceso especial de terminación anticipada) -*de manera incoherente con los derechos otorgados al agraviado constituido en actor civil*- el legislador en el art. 468°, incisos 2 y 5, ha omitido consignar que es esta parte procesal quien debe participar en la negociación del objeto civil del proceso. Generando con ello que ciertos órganos jurisdiccionales -ante el vacío legal del artículo en análisis- opten por interpretarla y aplicarla de manera literal, entendiendo quees el fiscal quien negocia dicho extremo, pese a que el inciso 1 del art 11° delCPP de 2004, señala que éste perdió legitimidad al existir un agraviado constituido en actor civil.

Siendo ello así, nosotros – al igual que diversos autores- consideramos que resulta fundamental la participación del actor civil en la etapa de negociación de la terminación anticipada, pues al reducirse todo el proceso a una única audiencia es inevitable pensar en la no participación del agraviado constituido en actor civil, en dicho supuesto. Pues si el legislador le ha concedido al actor civil diversos derechos en distintas etapas del proceso ***¿por qué suprimirlas en un estadio tan trascendental?*** Ésta es una de las interrogantes que nos ha motivado a realizar la presente investigación. Pues creemos que ante la deficiente redacción del legislador y la mala decisión del jurisdiccional de optar por la interpretación textual del artículo en referencia– ante un vacío legal- en cuanto a la participación del agraviado y en especial del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada, no guarda relación con el espíritu del nuestro actual CPP y los derechos que éste le reconoce a la víctima.

En ese sentido, consideramos que tal como se encuentra redactado actualmente dicho artículo, vulnera derechos fundamentales de la víctima. Revictimizándola al someterla a etapas de apelación, alargando el proceso, pudiendo definir su situación jurídica - al igual que la del procesado- en la misma audiencia de terminación anticipada. Esta situación se ha visto reflejada en las resoluciones emitidas por algunos magistrados de distintas Cortes a nivel nacional, claro ejemplo de ello lo tenemos en la Corte del Callao, siendo que de manera errónea aplican e interpretan literalmente el art. 468°,

apartando indebidamente al actor civil y trasladando atribuciones, que no le corresponden, al fiscal.

La problemática planteada líneas arriba, se deduce de la redacción incompleta realizada por el legislador en cuanto a la participación de la víctima –especialmente constituida en actor civil- en el proceso especial de terminación anticipada, conforme se desprende de la lectura literal de los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal de 2004, así tenemos que:

i. a) Del **inciso dos**, se deduce que el fiscal, el procesado y su defensa técnica, están facultados para celebrar reuniones informales y arribar a unacuerdo provisional sobre la reparación civil, obviando la participación dela víctima.

i. b) De la lectura literal del **inciso tres** se tiene que la víctima – constituida en actor civil- en el plazo de cinco días (en el cual se le corre traslado del acuerdo provisional realizado entre el fiscal, defensa e investigado) puede formular su pretensión resarcitoria ante el órgano jurisdiccional. Pero esta pretensión es adicional y secundaria respecto a lo que arribó el investigado y su defensa con el fiscal, más no vinculante y bajo ningún supuesto, será incorporado al acuerdo provisional que se someterá al control de legalidad, y solo podrá ser considerado como una pretensión de la cual el actor civil tiene la expectativa de negociarla con el procesado y su defensa en la audiencia respectiva.

i. c) De la redacción del **inciso cuarto** se puede entender a grandes rasgos la no exclusión del actor civil, por parte del legislador, en la etapa de la negociación. Si bien es cierto, inicialmente se plantea que es facultativa la concurrencia de sujetos procesales distintos al fiscal, imputado y su defensa técnica, **en el párrafo final se precisa que el acuerdo deberá realizarse con la intervención de todas las partes procesales presentes en la audiencia, entiéndase que en este supuesto está incluido el actor civil,** pues resultaría ilógico pensar que estando

presente no se le permita participar en la negociación en el extremo civil del proceso.

i. d) No obstante lo estipulado en el inciso cuarto[1], en el texto del **inciso cinco**[2], se verifica su total exclusión, pues se entiende que, aunque el actor civil, en la audiencia manifieste su disconformidad con el monto acordado por el fiscal, el imputado y su defensa, tal hecho de ninguna forma impide que el proceso prosiga respecto al extremo civil, pues la norma solo refiere que si el fiscal e imputado arribaron a un acuerdo, se deberá consignar en el acta respectiva, restándole importancia a laparticipación que pudiese haber desarrollado el actor civil en la negociación.

Siendo ello así y con el propósito de demostrar que existe una deficiente redacción del artículo 468° en cuanto a la participación del actor civil y en general de la víctima en el proceso especial de terminación anticipada y que la interpretación literal por la que optan los órganos jurisdiccionales a efectos de subsanar dicha deficiencia normativa no es la idónea, resulta necesario realizar una interpretación teleológica-sistémica de todas las normas concernientes a los derechos fundamentales y procesales de la víctima, que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Como son: *a) inciso 2 del artículo 2 e inciso 2 del artículo 138 de la Constitución, b) inciso 3 del artículo I, inciso 3*

[1] **Inciso 4° del artículo 468° del Código procesal penal de 2004:** La audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. **Es facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales**. Acto seguido, el Fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la Investigación Preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad. A continuación, el imputado se pronunciará al respecto, así como los demás sujetos procesales asistentes. **El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo,** pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día. No está permitida la actuación de pruebas en la audiencia de terminación anticipada. (la negrita y el subrayado es nuestro)

[2] **Inciso 5 del artículo 468° del Código procesal penal de 2004: Si el Fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca** de las circunstancias del hecho punible, de la pena**, reparación civil** y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva. El Juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia. (la negrita y el subrayado es nuestro)

del artículo VII, inc. 3 del artículo IX y artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, c) inciso 1 del artículo 11, artículo 94°, artículo 98° y artículo 468°del Código Procesal Penal de 2004.

De otro lado es necesario indicar que ni la doctrina ni la jurisprudencia ha analizado la problemática de la participación del actor civil en la etapa negocial de la audiencia de terminación anticipada, tal como lo planteo en la presente investigación.

Siendo éste el escenario que nos deja la regulación deficiente del actual artículo 468°, en cuanto a la participación del actor civil en las negociaciones previas y en la negociación *per se* de la audiencia de terminación anticipada, resulta necesaria una modificación del artículo que regula la terminación anticipada a fin de evitar vulnerar derechos fundamentales de la víctima como es el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, la igualdad de armas y entre otros.

Pues la actual redacción del artículo 468° posee un vacío legal al haberse omitido en su texto la regulación concreta sobre la participación del actor civil y en general de la víctima, en este proceso especial, el mismo que debe ir a acorde con el espíritu del CPP de 2004. Por lo que, a efectos de afrontar esa tara legal, los magistrados deben hacer uso de la interpretación sistemática de los dispositivos antes mencionados, hasta que se realice la modificación correspondiente del artículo en análisis, incorporando la participación del actor civil en la etapa de negociación en el proceso especial de terminación anticipada, a fin de evitar revictimizar a la víctima.

2. Planteamiento del problema.

2.1. Problema principal:

¿Cuáles son los criterios interpretativos adecuados de los incisos 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal para garantizar la participación

activa del actor civil en el proceso de terminación anticipada, a efectos de no vulnerar sus derechos fundamentales?

2.2. Problemas secundarios:

- ¿Cuáles son los derechos del agraviado conforme al Código Procesal Penal de 2004?

- ¿Cuáles son los derechos del actor civil conforme al Código Procesal Penal de 2004?

- ¿Cómo se regula la participación del actor civil en el proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004?

- ¿Qué limitaciones presenta a la participación del actor civil, la redacción actual de los incisos 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal de 2004?

- ¿Qué derechos fundamentales del actor civil se ven afectados por su limitada participación en el proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004?

- ¿La sustitución del actor civil por la del Ministerio Público para negociar y acordar el extremo civil en el proceso de terminación anticipada, configura una causal de nulidad?

- ¿Cuáles son las limitaciones del principio de especialidad en la regulación de la participación del actor civil en el proceso de terminación anticipada?

3. Hipótesis de la investigación:

3.1.- Hipótesis general

(H.G.) Un adecuado criterio interpretativo de los incisos 2 y 5 del artículo 468°, sería reconocer como único legitimado al actor civil para negociar el extremo civil del proceso penal. A dicha conclusión se arriba luego de realizar una lectura conjunta de todos los dispositivos normativos que integran nuestro ordenamiento jurídico, referidos a los derechos y facultades que el legislador ha reconocido a esta parte procesal, las mismas que están en consonancia con el espíritu del CPP de 2004, con la corriente del redescubrimiento de la víctima y en salvaguarda de los derechos fundamentales del agraviado constituido en actor civil. En ese sentido, los dispositivos normativos a los que se hace referencia son los siguientes:

- Inciso 2 del artículo 2 e inciso 2 del artículo 138 de la Constitución Política del Perú.
- Inciso 3) del artículo I, Inciso 3) del artículo VII, Inciso 3) artículo IX y artículo X del Título Preliminar del CPP de 2004.
- Inciso 1 de artículo 11°, inciso 1 del artículo 94°, artículo 98° y los incisos 2 y 5 del artículo 468° del CPP de 2004.

3.2.- Hipótesis secundarias

(H.1) El CPP de 2004, en comparación del C. de PP de 1940, ha tenido gran avance en cuanto se refiere a la regulación de este sujeto procesal, otorgándole un capítulo, en el título IV, abarcando cuatro artículos que van desde el artículo 94 hasta el 97°. En estos artículos se estipula su definición como tal, sus derechos y deberes. Siendo que en el artículo 95° se consigna los derechos que tiene el agraviado, que son:

- A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
- A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se

preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.
- A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
- A ser informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.
- Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza.

Como podemos apreciar este sujeto procesal, en su condición de agraviado, ostenta escasos derechos, en cuanto a su participación activa en el proceso. Pues, si el agraviado desea ampliar este ámbito de derechos, deberá constituirse en actor civil, conforme la norma lo señala.

(H.2.) En la actualidad, bajo las normas del CPP de 2004, el actor civil tiene diversas facultades para participar en distintas etapas del proceso penal, como son:
- En las audiencias donde se articulan medios de defensa (cuestión previa, cuestión prejudicial, etc.);
- En la solicitud de declinatoria de competencia;
- En la nulidad de actuados;
- En la etapa de ofrecimientos de medios probatorios, en actos de investigación y de prueba;
- En la incorporación al proceso del tercero civilmente responsable;
- En la impugnación de medidas de coerción procesal (patrimoniales) que afecten su derecho en relación a la reparación civil;
- En la etapa estelar del Juicio Oral, coadyuvando al Ministerio Público a efectos de demostrar la responsabilidad penal del acusado, independientemente de probar los daños que se le ha ocasionado.

(H.3.) La participación del actor civil en el proceso de terminación anticipada se encuentra regulada de tal manera que vulnera derechos fundamentales del agraviado constituido en actor civil.

Así, se puede apreciar que los incisos 2 y 5 del artículo 468° excluyen la participación del actor civil, pues únicamente se consigna al fiscal y al

imputado como las partes procesales que pueden participar en reuniones preparatorias informales y a efectos de arribar a un acuerdo acerca de la pena y la reparación civil contradiciendo lo regulado en el inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004, el mismo que señala que una vez que el agraviado se constituya en actor civil, adquiere legitimidad para pronunciarse acerca de la reparación civil.

(H.4.) La actual redacción del inciso 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal de 2004, limita la participación del agraviado constituido en actor civil, toda vez que no le permite realizar negociaciones en el proceso de terminación anticipada, en cuanto al extremo del objeto civil del proceso, ámbito que le compete a esta parte procesal, como titular de la acción civil y del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

(H.5.) Esta limitación en cuanto a la participación del actor civil en las etapas de negociaciones en la terminación anticipada vulnera derechos fundamentales del actor civil como son: *a), tutela jurisdiccional efectiva b) el derecho a ser oído, c) el derecho a la igualdad de armas, y d) el derecho de defensa.*

(H.6) La negociación en el extremo de la reparación civil por parte del fiscal, existiendo un agraviado constituido en actor civil, es nulo debido a que aquél carece de legitimidad conforme lo afirma el inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004, que señala que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, el Ministerio Público pierde legitimidad para pronunciarse en el extremo de la reparación civil.

(H.7.) Los límites al principio de especialidad son la no vulneración de los derechos fundamentales del actor civil. Que si bien el proceso de terminación anticipada es un proceso especial que tiene sus propias reglas, éstas no pueden estar por encima de dispositivos normativos de mayor rango como son las normas constitucionales, ni en menoscabo de derechos fundamentales de la parte agraviada.

4. Objetivos:

4.1. Objetivo general. -

Investigar, analizar y demostrar cuáles son los criterios interpretativos, de los incisos 2 y 5 del artículo 468° del CPP de 2004, adecuados para garantizar la participación activa del actor civil en el proceso de terminación anticipada, a efectos de no vulnerar sus derechos fundamentales.

4.2. Objetivos específicos. -

- Identificar y exponer cuáles son los derechos del agraviado conforme al Código Procesal Penal de 2004.

- Determinar cuáles son los derechos del actor civil conforme alCódigo Procesal Penal de 2004.

- Determinar cómo se regula la participación del actor civil en el proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004.

- Identificar cuáles son las limitaciones que presenta la participación del actor civil en el proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004

- Determinar y explicar qué derechos fundamentales del actor civil se ven afectados por su limitada participación en el proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004.

- Analizar y demostrar que la participación del Ministerio Público en la negociación y acuerdo de la reparación civil en el proceso de terminación anticipada, ante la existencia del actor civil, configura una causal de nulidad del mismo.

- Determinar y exponer los límites al principio de especialidad en la regulación de la participación del actor civil en el proceso de terminación anticipada.

Con los objetivos planteados en la presente investigación se pretende lograr los criterios interpretativos adecuados para la participación activa del agraviado constituido en actor civil en el proceso especial de terminación anticipada, a efectos de no vulnerar sus derechos fundamentales.

5. Justificación de la investigación.

5.1. Justificación teórica. -

De la revisión de la doctrina, la jurisprudencia y tesis de posgrado, se determinó la ausencia de tratamiento del tema investigado, pues no se ha abordado el tema de la participación de la víctima en el proceso especial de terminación anticipada, desde la perspectiva y problemas que se analizan en el presente trabajo.

5.2. Justificación práctica. -

Mi investigación permitirá descubrir el sentido del art. 468°, en relación a la participación del actor civil, que va de la mano con el espíritu del CPP de 2004, el mismo que intenta reposicionar a la víctima en cuanto a sus derechos y facultades al interior del proceso penal. Para que de esta manera los magistrados puedan realizar una correcta interpretación y aplicación de las normas relacionadas a la participación del actor civil en cuanto a la negociación del objeto civil al interior del proceso especial de terminación anticipada.

Asimismo, este trabajo brindará aportes a la discusión académica, al ser la terminación anticipada, una institución muy discutida en la actualidad, la misma que se viene aplicando diariamente y a todas

horas en los diversos distritos judiciales del Perú, acarreando su aplicación gran discusión en general.

Aunado a ello la importancia de esta investigación radica y va de la mano con la corriente del redescubrimiento de la víctima al interior del proceso penal, más aún cuando está constituida en actor civil, dotándole de facultades y derechos a efectos de que pueda ejercer activamente su participación en un estadio clave del proceso especial de terminación anticipada, como lo es la etapa de la negociación. Evitando de esta manera la vulneración de sus derechos fundamentales y la transgresión de principios y normasde carácter procesal que amparan su participación durante todo el proceso penal.

De otro lado resulta importante la presente investigación debido a que se busca que sea el actor civil – incluso estando sólo como agraviado- y no otra parte procesal, quien plantee los lineamientosy parámetros que ésta considere a efectos de fijar un determinado monto por concepto de reparación civil por el daño que se le ha ocasionado. Dejando de una vez claro que el único legitimado para accionar el objeto civil del proceso es el actor civil y no el Ministerio Público, quien únicamente actúa en sustitución.

5.3. Justificación social. –

Además de la correcta aplicación del artículo 468° del CPP y el reconocimiento del actor civil de participar en las negociaciones previas, al igual que en la audiencia central de esta institución;también se pretende que dicha parte procesal pueda ejercer de mejormanera los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico y así pueda ver materializada la tutela jurisdiccional efectiva en cuanto a supretensión civil al interior del proceso penal.

6. Metodología. –

La presente investigación es jurídica y de tipo teórica – explicativa, cuenta con un enfoque cualitativo. Y los métodos de investigación que se utilizaron en el presente trabajo fueron los siguientes:

- *"Histórico-lógico"*, toda vez que parte del estudio de los derechos de la víctima en tiempos antiguos hasta la actualidad a fin de determinar cómo es que ha ido evolucionando la participación -específicamente- del actor civil al interior del proceso penal a fin de justificar el creciente reconocimiento de diversos derechos de participación en todo tipo de proceso y especialmente en el proceso especial de terminación anticipada.

- *"Método inductivo",* porque se partió del análisis de un caso en concreto a fin de dar solución a diversos casos semejantes.

- Y finalmente, se utilizó el método de "*Derecho comparado*", al momento de estudiar la institución de la terminación anticipada. Ya que se realizó el análisis de la participación de la víctima en el *plea bargaining* estadounidense, en el *pattegiamentto* italiano y en los Acuerdos y pre-acuerdos colombianos.

CAPÍTULO II.- LA VÍCTIMA Y SU EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO.

1. Definición del término víctima

La gran mayoría de autores, tanto nacionales como extranjeros, coinciden en aseverar que no existe un único concepto, respecto a lo que se debe entender por víctima. Así, tenemos que de la doctrina nacional revisada se ha encontrado definiciones un tanto similares, en cuanto al término *"víctima".* Algunos autores, nos brindan una definición relativamente restringida, esto es, limitándose a incorporar en este concepto, únicamente a la persona física; sin embargo, otros autores dando un concepto más extensivo, consideran conveniente incluir en la misma, también a la persona jurídica, por lo que a modo de ejemplo tenemos las siguientes definiciones:

Así, el profesor Cubas (2009), citando la decisión marco adoptada por el Consejo de la Unión Europea, del 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, señala que la "víctima es la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado" (p. 226). Conforme se puede apreciar, la presente definición es bastante reducida, ya que sólo se considera como víctima a la persona física, mas no a la persona jurídica.

De otro lado, Núñez (como se citó en Arbulú, 2015) refiere que "la víctima es el sujeto que se postula o aparece como puntual y concretamente ofendido por los hechos delictivos. Es quien aduce ser sujeto pasivo de las acciones ilícitas, aquel que ha padecido de manera real la ofensa criminal …". En ese sentido y bajo la misma línea de ideas, considero que la presente definición propuesta también es restrictiva, pues únicamente se incorpora en la redacción al ofendido por el delito y no al perjudicado, y conforme veremos más adelante el término *"ofendido"* no equivale al del "*perjudicado"* por el delito.

Por su parte el profesor Neyra (2010), apoyándose en la definición brindada por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española[3], concluye que "la víctima es un ser al cual se le ocasiona un daño, teniendo esta la potestad o no de resarcirse" (p. 253). A mi consideración, tal definición es bastante dispersa y poco acertada, en cuanto a lo que debe entenderse por víctima.

Situación contraria sucede con las definiciones planteadas por los profesores Sánchez Velarde, Rosas Yataco y Reyna Alfaro, quienes definen el vocablo *"víctima"* de manera más amplia y ciertamente más apropiada; pero, aun así, no abarcan a cabalidad lo que debería entenderse por víctima.

Así, Sánchez (2009) refiere que "la víctima es aquella persona, grupo, entidad o comunidad afectada por la comisión del delito, aunque no sea específicamente la tenida en cuenta por el sujeto activo del delito. Comúnmente es la persona que sufre la acción delictiva y aparece en el proceso penal como agraviado …" (p. 81).

En esa misma línea de ideas, el profesor Rosas (2014) señala que "la víctima es la persona (individual o jurídica) que ha sufrido el daño o ha sido lesionada. Esta lesión afecta lógicamente al bien jurídico protegido en la víctima. La víctima es la que ha soportado el actuar del agente en la comisión de un determinado delito" (p. 241).

De otro lado, Reyna (2006) reflexiona en cuanto a las diversas definiciones, sobre la *"víctima", planteadas* por los distintos autores y afirma que:

> En la doctrina existe extrema confusión en la identificación práctica de cuándo estamos frente a una víctima, debido a la multiplicidad de conceptos utilizados por el Derecho penal- material y formal- (víctima, sujeto pasivo, ofendido, perjudicado, actor

[3] "La palabra víctima se define en el diccionario como persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio, persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra, persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita, persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito" (Neyra, 2010, p.253).

> civil, agraviado), produciéndose una absoluta falta de definición y gran confusión.
>
> Existen algunos autores que confunden sujeto pasivo con víctima y viceversa, mientras que otros hablan de dichos conceptos (sujeto pasivo y víctima) como sinónimos; finalmente, existen otros autores que recurren a un concepto extensivo de víctima que incluye no sólo a la víctima propiamente dicha, sino también al denominado sujeto pasivo y a los terceros perjudicados.
>
> No obstante, el nivel de indefinición entorno a la distinción entre sujeto pasivo del delito y víctima, puede decirse: *sujeto pasivo* es la persona (o colectivo) que goza de la titularidad del bien jurídico penalmente tutelado, en tanto que *víctima* del delito es aquel que sufre las consecuencias directas o indirectas generadas por la comisión del delito (p. 115-116).

El profesor Reyna Alfaro, al plantear una distinción entre sujeto pasivo y víctima, termina definiendo a ésta última de manera genérica permitiendo incorporar en dicha concepción tanto a la persona física como a la persona jurídica.

Asimismo, se aprecia que en determinadas circunstancias puede coincidir el sujeto pasivo con el de víctima, es decir cuando las consecuencias del delito recaen directamente sobre el sujeto pasivo, por ejemplo: en el delito del robo, donde el bien jurídico tutelado es el patrimonio, si “Z” roba a “X” su celular, siendo “X” titular del bien jurídico protegido, será el sujeto pasivo y a la vez víctima, porque las consecuencias del delito recaen sobre él. Caso distinto se presenta en un homicidio, donde “Z” mata a “X”, siendo este último el titular del bien jurídico protegido, seguirá siendo el sujeto pasivo, pero como las consecuencias del delito no recaen sobre él, sino sobre sus familiares (que, a nivel procesal, vendrían a llamarse “perjudicados”), son éstos últimos quienes

adquieren la calidad de víctimas del delito – víctimas indirectas (en el orden que corresponda)[4].

Como podemos apreciar, en la doctrina nacional no existe una única definición respecto a qué debe entenderse por el término *"víctima"*, por ello se ha recurrido a la doctrina extranjera a efectos de analizar las distintas definiciones brindadas y tener un escenario más amplio al respecto.

Así, tenemos lo señalado por el Dr. Drapkin (1980), quien refiere: "En cuanto a la palabra "víctima", ella tiene dos significados distintos. Por una parte, se refiere al ser vivo – hombre o animal- sacrificado a una deidad, en cumplimiento de un rito religioso, o dedicado como ofrenda a algún poder sobrenatural. La otra interpretación es la que generalmente se usa en criminología y otras disciplinas afines: se relaciona con la persona que sufre o es lesionada, en su cuerpo o propiedad, torturada o asesinada, por otra que actúa movida por una gran variedad de motivos o circunstancias" (p. 368).

Por su parte, Arévalo & Fajardo (2013), señalan que, "la víctima es toda persona que sufrió el daño, es decir a consecuencia del injusto penal, la víctima puede ser toda persona que demuestre su calidad como tal en el proceso penal colombiano y que se le reconozcan los derechos que le asisten" (p. 11). Conforme se puede apreciar, la definición postulada por ambos autores, toma como base el desenvolvimiento de la víctima en el ámbito procesal.

Para Leyton (2008), "la expresión víctima, para el ordenamiento jurídico procesal penal chileno incluye al ofendido, esto es, la persona que recibe la

[4] Se afirma, en doctrina, que el concepto de *bien jurídico* ha permitido la expropiación de los intereses de la víctima por parte del Estado. Debe recordarse que antes de la aparición de la idea del *bien jurídico,* el delito era lesión de derechos subjetivos. Esta noción de delito – como es evidente- era la que mejor se acomodaba a los propósitos de la víctima de no ser olvidada por el sistema penal.
La aparición del bien jurídico replanteó la problemática del delito: el delito no era ya lesión de derechos del ofendido, sino la lesión articulada mediante los tipos penales, haga que la víctima quede atrapada en el tipo penal y en el bien jurídico. Con razón, sostiene BOVINO: "el bien jurídico no es más que la *víctima objetivada* en el tipo penal". Por su parte, MAIER alude a que el anonimato sufrido por la víctima se generó justamente por medio de la idea de bien jurídico. Finalmente, el célebre profesor de Frankfurt Winfriend HASSEMER aludía – en tono crítico- a la víctima como una "simple figura de papel que encarna desde el punto de vista sistemático la lesión del bien jurídico". (Reyna, 2006, P. 117-118).

acción del delito, extendiéndose en caso de muerte, a ciertas personas que podrían actuar en su nombre, y que más propiamente (…) serán perjudicados y no víctimas" (p. 255). Si bien esta definición, abarca tanto al ofendido como al perjudicado por el delito; se hace hincapié que los perjudicados no serán víctimas. Al respecto, considero que los perjudicados -si bien es cierto- no son víctimas directas, si son víctimas indirectas.

De otro lado, Ferreiro (2005) afirma que "debemos considerar como víctima a aquella persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, hayan visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o hayan sufrido de algún modo daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas, o menoscabos sustanciales de sus derechos fundamentales, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos" (p. 125). A mi consideración, esta definición es más acertada que las anteriores, ya que la definición de "víctima" aquí postulada incluye tanto a la persona natural, como a la jurídica; asimismo, brinda aspectos relevantes a tenerse en cuenta en relación al daño que se le ocasiona a este sujeto procesal. Sin embargo, creo que diversos matices procesales a la presente definición, la hubieran hecho más fructífera.

Finalmente, se tiene la definición realizada por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales a las víctimas del delito y de abuso de poder del año 1985, que a la letra señala:

- Se entenderá por "víctimas" las personas que, de forma individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
- Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación

> familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Tal definición planteada por este organismo internacional, resulta ser más específica y amplia en cuanto a lo que debe entenderse por *"víctima",* pues plantea que los daños no solamente son físicos, sino también mentales y emocionales, se especifica que la lesión no solo puede darse a nivel individual, sino también colectiva, se abarca a la persona tanto física como jurídica. Incluso incorpora como "*víctimas"*, a terceros distintos al ofendido y al perjudicado. Pero al igual que la definición planteada por Ferreiro Baamonde, considero que –solamente- falta incorporar en dicha definición, el desenvolvimiento de la víctima al interior del proceso penal y con ello se tendría una definición más acertada.

En suma, coincido tanto con la definición planteada por Ferreiro Baamonde y por la de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales a las víctimas del delito y de abuso de poder del año 1985, haciendo míos los detalles planteados en ambas definiciones. Y teniendo en cuenta la ubicación que tiene la "*víctima*" en nuestro CPP de 2004, esto es, en el Título IV, el mismo que está compuesto por tres capítulos (capítulo I: El agraviado, capítulo II: El actor civil y capítulo III: El querellante particular) y no dejando de lado lo planteado por el profesor Reyna Alfaro, en cuanto a incorporar dentro de la definición de víctima al sujeto pasivo, postulo la siguiente definición:

> *"Víctima es la persona, natural o jurídica, que de manera directa o indirecta sufre un daño a nivel físico, mental, emocional o pérdidas económicas, ya sea a nivel individual o colectivamente como consecuencia del injusto penal; puede ser también la persona que demuestre su calidad como tal en el proceso penal, a fin*

> *de constituirse en parte procesal y ejercer los derechos que le asisten".*

Como podemos apreciar, la presente definición abarca tanto al sujeto pasivo, al agraviado – que comprende al ofendido y al perjudicado-, como al actor civil. Y a fin de evitar confusiones terminológicas, debemos recordar que el sujeto pasivo y el ofendido son las personas que reciben directamente el daño y las consecuencias de la acción delictiva: "*víctima directa*". Y el perjudicado, es la persona sobre la cual recae las consecuencias de la acción delictiva; *"víctima indirecta".* Y el actor civil, es el agraviado (perjudicado u ofendido), que, a fin de tener una participación activa en el proceso penal, se constituye en actor civil – parte procesal, que puede ser víctima directa o indirecta, según sea el caso. Por lo que, cuando queramos referirnos a más de uno de ellos, utilizaremos el término *"víctima"*.

2. Evolución histórica de la participación de la víctima en la justicia penal:

2.1. La edad de oro: La víctima como principal protagonista

Desde el inicio de las primeras civilizaciones, la forma primigenia de castigo fue la venganza privada. La venganza -en cualquiera de sus manifestaciones- no fue originalmente una institución legal, simplemente ya existía desde tiempos inmemorables, se encontraba tan arraigada al ser humano que formaba parte de su naturaleza. Distintos autores coinciden en señalar que en un principio la función represiva se encontraba en manos de las víctimas, sus derechos eran absolutos e ilimitados, lo cual generaba que la reacción vindicativa transcendiera hasta los parientes de los delincuentes, lo que ocasionaba un desencadenamiento de represalia entre comunidades al punto de llegar a la eliminación de un grupo (Drapkin, 1980; Zamora, 2016; Márquez, 2011.).

Así, tenemos lo sostenido por el profesor Drapkin (1980), quien refiere:

> En la actualidad existe un consenso general en el sentido de que la forma primigenia de castigo fue la

> venganza privada, así como que todo daño era personal y la tribu o la comunidad como tal no se daba por enterada. Las reacciones frente a toda injuria quedaban sujetas a la discreción y en las manos del ofendido o de su más próximo pariente, en caso de muerte.
>
> Steinmetz apunta correctamente que la venganza, en cualquiera de sus tipos, no fue originalmente una institución legal. Ella no fue concebida por ningún legislador y ninguno de ellos jamás aseveró que era un medio apropiado para hacer justicia. La venganza simplemente ya existía, desde tiempos inmemorables, en la naturaleza o condición humana, como un elemento totalmente inconsciente de su vida psíquica y social (p. 374).

En esa misma línea de ideas, Zamora (2016) analiza el desarrollo de la víctima en el devenir de la historia, señalando que, "en un principio la función represiva —esto es, la venganza— estaba en manos de las víctimas, ya que las formas de organización y protección adecuada fueron producto de una evolución natural del hombre que paulatinamente dio origen a formas de organización social más acabadas. Por ello, cada persona en lo individual, e incluso cada familia o cada grupo, se protege y se hace justicia por su propia mano: se venga. Si pensamos en que todo animal ofendido tiende por instinto a reaccionar, es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza" (p. 5).

Asimismo, Íñiguez (2003) refiere que "en el origen del Derecho Penal, la víctima era siempre protagonista del proceso y de la pena, ya que en los primeros tiempos de la civilización, la justicia penal era de carácter privado y se consideraba que todo delito, únicamente, producía daño privado, o dicho de otro modo, daño en la víctima, no afectando nunca a los bienes de carácter social o la comunidad en si misma considerada, por lo que la pena se

solventaba sobre la base de la venganza privada por parte de la víctima del delito o ,en su caso, por parte de los familiares más directos" (p. 17).

En ese sentido, Márquez (1994) señala que *"*(…) al quedar la venganza en manos de las víctimas, se producía una nueva lesión a la comunidad y un desencadenamiento de delitos, que en algunas ocasiones eran más graves y numerosas que el delito que se pretendía vengar, lo que conllevo a reacciones en cadena, donde se buscaba eliminar al oponente para evitar a su vez la retaliación y esto se lograba con la cruel eliminación del grupo" (p. 35).

En suma, en tiempos antiguos – específicamente en la edad de oro de la víctima- la víctima tenía derechos ilimitados y absolutos; tanto así, que se creía con el derecho de ir más allá del daño que se le había ocasionado, fundado siempre en el ánimo de venganza. Situación que empezaba a traer consecuencias devastadoras, como por ejemplo la eliminación de grupos. Por lo que en atención a dicha circunstancia se buscó frenar tal revanchismo por parte de la víctima, a fin de evitar daños superiores a los ocasionados por el delincuente, creándose la Ley del Talión.

2.2. La Ley del Talión: Límites a los derechos ilimitados de la víctima

Así, ante la desproporcionalidad que existía en la venganza que ejercía la víctima contra sus ofensores, el legislador primitivo buscó limitar el libre e ilimitado ejercicio del derecho de la venganza, por lo que su primera medida fue la creación de la Ley del Talión[5]: "ojo por ojo y diente por diente y animal por animal" (Ferreiro, 2005).[6]

Así, como lo refiere el profesor Ferreiro (2005): *"*En una primera etapa, la autotutela era el mecanismo exclusivo de respuesta que la víctima poseía.

[5] Se pensó que no podría haber un equilibrio más justo y mejor concebido para lograr una mejor justicia, que el balance aritmético de tanto, por tanto. El castigo no podría ser mayor que el daño recibido. Es indudable, entonces, y no deja de ser curioso, que la primera intervención de derecho de los primitivos legisladores fue para defender a quien infringió inicialmente la norma social, es decir, al delincuente y no a su víctima (DRAPKIN, 1980, p. 375).

[6] En el mismo sentido MÁRQUEZ, A. (2011). "La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la Víctima para el proceso penal*". Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*. Vol. XIV; N° 27.

Ella misma o, más bien, la familia, tribu o clan, decidían qué hechos eran merecedores de castigo y aplicaban el mismo a través de la venganza. En un principio, la reacción vindicativa de la víctima no se sometió a patrón alguno de proporcionalidad con respecto a la ofensa, la víctima actuaba de modo instintivo sin adaptarse a disposiciones predeterminadas. El primer esfuerzo sería, entonces, por limitar la venganza evitando la desproporción en la represión y la perpetuación consiguiente de las disputas de estirpe, como consecuencia de las extralimitaciones en el alcance de la reacción ante el injusto cometido" (p. 5).

En esa línea de pensamiento, el Dr. Drapkin (1980) señala que, "la sociedad primitiva no sólo toleró en un comienzo este tipo de reacciones, tan profundamente arraigadas en la naturaleza íntima del hombre, sino que no puso siquiera en duda el derecho de la víctima a tomar su venganza. Tampoco se tomaba en consideración la naturaleza ni la magnitud de la injuria, pues ello era asunto privado de la víctima. Y con la condición humana siendo lo que es, era lógico admitir que la venganza de la víctima involucraría siempre un castigo superior al daño recibido. Por eso la primera y la más importante cuestión que se planteó el codificador de antaño, fue necesariamente la magnitud de la reacción vindicativa" (p.374).[7]

[7] El mayor o menor grado de reacción vindicativa radicaba estrictamente en la voluntad y en las manos, así como en la posible clemencia de la víctima. Era ella la que determinaba, exclusivamente, la magnitud de la venganza. La única noción de justicia que existía entonces era la que emanaba del sentimiento de justicia que pudiera tener la víctima. La furia de la parte ofendida – proverbialmente ciega- facilitaba, por lo general, la explosión de una crueldad sanguinaria, que casi siempre producía excesos, es decir, una marcada falta de proporciones entre la lesión sufrida por la víctima y la lesión que ésta imponía, en revancha, al ofensor. En otros términos, por lo general se agregaba una injusticia adicional a la previamente cometida. Y si excepcionalmente, alguna víctima se abstenía de tomar venganza y optaba por la indulgencia, ello era la mejor prueba que la gran variedad de tipos de víctima dificultaría seriamente la tarea de hacer generalizaciones normativas. Precisamente cuando el legislador primitivo se enfrentó a las dificultades inherentes a la necesidad de codificar, tuvo necesariamente que plantearse la cuestión si los resultados de la reacción primitiva, innatos en la venganza privada, eran adecuados o justificados. Es indudable que tuvo que tomar en cuenta también las normas objetivas o subjetivas que de la justicia pudiera tener el rey o jerarca político. Por último, le fue menester considerar si, para favorecer la paz y el bienestar de la comunidad, no sería necesario poner ciertas limitaciones al libre e ilimitado ejercicio del derecho de la venganza. La reacción en cadena que origina la venganza privada entre ofensor y víctima y viceversa, así como los daños de todo tipo que afectan no sólo a ambas partes del binomio, sino que a las comunidades a que ambos pertenecen, fueron otros tantos argumentos para tratar de limitar los abusos de la venganza privada.
Estos ilimitados derechos de venganza, por muy comprensibles que fueran, tuvieron que ser sacrificados en el altar de la justicia que comenzaba a alborear. Es así como nacieron las leyes de talión (Drapkin, 1980, p. 375).

Así, García (1993) señala que “con el fin de poner límites a esa arbitraria y desproporcionada venganza privada, se implantó la ley Talión “ojo por ojo y diente por diente, animal por animal.” Esa ley implicaba una mayor consideración en la respuesta ante el delito, colocando límites a los excesos del ofendido cuando trata de cobrar satisfacción al hecho punible cometido” (pp. 310,311).

Es por ello, que en el derecho antiguo destacó el Código de Hammurabi, Código que data del siglo XX antes de nuestra era. Esta es la legislación más antigua y conocida en la actualidad, dicho código es de gran importancia toda vez que en él se pueden distinguir hechos intencionales y no intencionales (actualmente conocidos como delitos culposos); asimismo, dentro de él encontramos disposiciones de naturaleza talional que es una retribución del mal por un mal igual (Macedonio, s/f). “Se pensó que no podría haber un equilibrio más justo y mejor concebido para lograr una mejor justicia, que el balance aritmético de tanto por tanto. El castigo no podría ser mayor que el daño recibido. Es indudable, entonces, y no deja de ser curioso, que la primera intervención de derecho de los primitivos legisladores fue para defender a quien infringió inicialmente la norma social, es decir, al delincuente y no a su víctima” (Drapkin, 1980, p. 375). “Esto se comprende, si tenemos en cuenta que los derechos de la víctima eran absolutos e ilimitados, mientras que los derechos del delincuente eran aún inexistentes” (Márquez, 2011, p. 35).

Por su parte Macedonio (s/f) agrega que:

> En el Código de Hammurabi no se distingue entre derecho civil y penal, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos. Se regulan el comercio, el trabajo, los préstamos, los alquileres, las herencias etc. El texto del código también sirve para saber cuáles eran los delitos más frecuentes en la época, pues un delito será un hecho que acontece con relativa frecuencia. En las penas aplicadas a cada delito se distingue si hay intencionalidad o no, y cuál es la “categoría de la víctima

> y del agresor". Así la pena es mayor si se ha hecho adrede y menor si ha sido un accidente; mayor si la víctima es un hombre libre, menor si es un esclavo. La mayoría de las penas que aparecen en el Código son pecuniarias (multas), aunque también existe pena de mutilación e incluso pena de muerte. En algunos casos la ley opta por aplicar el talión, es decir, hacer al agresor lo mismo que él hizo a su víctima siempre que ambos sean de la misma "categoría" – En ocasiones se obligaba al delincuente a compensar a su víctima; en casos de robo o daño debía restituir 30 veces el valor de la cosa, cuando el delincuente era insolvente, el Estado se hacía cargo de dicha obligación, reparando el daño a la víctima o a su familia, como en los casos de homicidio (pp.5-6).

Por lo que a modo de ejemplificación Macedonio (s/f) detalla algunas de las regulaciones contenidas en el Código de Hammurabi, así indica:

> *"Si un hombre golpea a otro libre en una disputa y le causa una herida, aquel hombre jurará "aseguro que no lo golpeé adrede" y pagará el médico"*
>
> *"Si un hombre ha reventado el ojo de un hombre libre, se le reventará un ojo"*
>
> *"Si ha reventado el ojo de un esclavo de un hombre libre, pagará la mitad de sus precios (precio del esclavo)"*
>
> *"Si un hombre ha acusado a otro hombre y le ha atribuido un asesinato y éste no ha sido probado en su contra, su acusador será condenado a muerte."*
>
> *"Si un señor roba un buey, un cordero, un asno, un cerdo o una barca, si (lo robado pertenece) a la religión (o) si pertenece al Estado, restituirá hasta treinta veces (su valor); si (pertenece) a un subalterno lo restituirá hasta*

> *diez veces. Si el ladrón no tiene con qué restituir será castigado con la muerte" (p. 6).*

Como se aprecia en dichas disposiciones, el Talión sólo se aplicaba entre individuos de la misma categoría. En caso de que el agresor fuera de una categoría superior a la de la víctima, no correspondía la aplicación de la ley del talión, sino se le condenaba a una pena pecuniaria… (Rivero, s/f., párr.15).

En el contexto en el que se desenvolvía *"El ojo por ojo o miembro por miembro"* y que se encontraba regulado no solo en el Código de Hammurabi, sino también en el Código de Manú y la Ley de las Doce Tablas, para dicha época fue un gran avance en la percepción acerca de la solución del conflicto. Gracias a ello cesaban las guerras entre familias o tribus. Asimismo, se le otorgaba a un juez la facultad de resolver potestativamente el conflicto, estableciéndose un criterio proporcional entre la ofensa y la pena, con lo cual se empezaba a poner límites a la venganza privada en aquellas sociedades que habían logrado un desarrollo de organización social (Márquez, 2011)[8].

2.3. La compensación: Restricción a la Ley del Talión.

Al respecto, Drapkin (1980) nos explica qué alternativas surgieron -a fin de seguir frenando el actuar vindicativo por parte de la víctima- a la aplicación de la Ley del Talión, por lo que señala:

> Después de la adopción del concepto taliónico, la segunda medida incorporada en casi todas las legislaciones primitivas – con el objeto de reducir al mínimo los perniciosos efectos de la venganza privada absoluta – fue la compensación o composición. Flavio Josephus, el famoso historiador hebreo de discutidos

[8] La Biblia hebrea no fue la primera ni la última en adoptar las leyes taliónicas. Ella fue precedida por el Código de Hammurabi y por otros anteriores aún, como las Leyes de Eshnunna. Sin detenernos a analizar la influencia de Babilonia sobre las leyes mosaicas, bástenos indicar que la esencia de estas leyes fue adoptada por todas las legislaciones del mundo antiguo. En efecto, las encontramos en el Egipto faraónico; en el Código de Manú, en India y en el Zend Avesta de Persia; en las leyes de Zaleukos, el legislador griego del siglo VII a. de C., el más grande de los primitivos legisladores; en las Doce Tablas de Roma; en varios de los antiguos sistemas penales germánicos; en Islam y hasta en las antiguas legislaciones de Inglaterra, con la diferencia que las medidas taliónicas eran administradas por las cortes y no por las víctimas. (Drapkin, 1980, p. 376.)

> méritos, indica que la Ley Mosaica establece que el malhechor debe perder el mismo miembro u órgano de su cuerpo que él hizo perder a su víctima, a no ser que ésta quede satisfecha con una adecuada compensación monetaria, "por cuanto la ley otorga a la víctima el derecho de evaluar sus propios daños y elegir entre talión o pago (p. 376).

En esa línea de ideas, Ferreiro (2005) indica:

> Surge entonces la reparación o la composición monetaria entre la víctima – su familia – y el ofensor – o su estirpe, igualmente – que se considera una fórmula socialmente aceptable de resarcimiento. Se produce, en expresión de HERRERA MORENO, una "mercantilización de la venganza". Ésta es reemplazada por cantidades dinerarias que dependen de la gravedad de la ofensa, aunque la víctima no pierde, todavía, la iniciativa en la persecución del injusto, y ni siquiera la posibilidad de venganza de sangre en el caso de que no se vea adecuadamente satisfecha. Tal transformación introdujo cierta objetivización de la respuesta al delito, restándole emotividad y proporcionando una vía más eficiente para la solución de los conflictos (p.7).

Por su parte, el profesor Ferrante (1994) indica, *"*el conflicto, en tanto que puramente privado, da lugar a instancias de composición que evitan el paso a la guerra. La lucha, el enfrentamiento, la enemistad entre personas y tribus puede ser sustituido por convenios reparatorios – a través de la entrega de bienes, por ejemplo-: los individuos en conflicto son los únicos que poseen un interés relevante con relación a aquél; su voluntad define el conflicto y también su solución" (p.98).

En ese sentido, como señala Maier (1989), *"*esta etapa de compensación, coincide con el la época del sistema procesal acusatorio, el único sistema que

se conocía, más, cuando las gentes, en su mayoría no sabían escribir ni leer y todo se resolvía mediante intervenciones públicas ante el juez. El fin de esta etapa de esplendor se da por la creciente intervención de poderes centralizados, en las Ciudades – Estados, que en su nueva organización impone normas, regula las prohibiciones e impone sanciones y se convierten en definidores de la contienda entre las partes y que empiezan precisamente por apropiarse de parte de la compensación económica, la cual en la mayoría de los casos debía ser compartida con la comunidad o con el rey, dándose nacimiento a la sanción de multa" (p. 23).

En suma, se puede concluir que, si bien la Ley del Talión era un gran avance para frenar los derechos absolutos de las víctimas, aún se creía que se requería ejercer más límites sobre las ansias de venganza del ofendido. Pues, con el paso del tiempo y con el surgimiento de un mayor progreso social empezaron a aparecer formas históricas de compensación que resultaban ser una alternativa a la aplicación de la Ley del Talión. En dicho avance, *"La compensación o composición"* fue la segunda medida del legislador primitivo, con el fin de limitar los derechos irrestrictos de la víctima; conforme lo señala Herrera Moreno, se visualiza una *"mercantilización de la venganza"*. La compensación no era un reemplazo absoluto a la Ley del Talión, pues como lo refiere el profesor Drapkin: *"la víctima, de acuerdo a los daños que se le ocasionaba, podría evaluar si aplica el "Talión" o la "compensación".*

2.4. La aparición del Estado: Neutralización de la víctima

El devenir del tiempo empezaba a incidir en los derechos absolutos e ilimitados con los que –en un principio- contaba la víctima. Ya que el legislador de antaño buscaba frenar los excesos en los que incurría la víctima al momento de tomar venganza en contra de su agresor; sin embargo, conforme vamos a ver en el presente apartado, dichos derechos – que en un principio buscaban ser limitados- terminaron siendo anulados y ello se dio en el preciso momento en que apareció el Estado.

Así, conforme lo narra Maier (1991):

> "la víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción – el más intenso- en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había "estatalizado": de allí que se hable, pleonásticamente, de una "criminalización del Derecho penal", tal como hoy lo conocemos culturalmente o mejoraún, del "nacimiento" de la pena" (p. 31).

De otro lado, Márquez (2011) -para ese entonces- ya advertía el apartamiento de la víctima a nivel procesal. Así, refiere que "el fortalecimiento del proceso inquisitivo genera la total neutralización de la víctima dentro del proceso penal, la víctima sale de su posición como interviniente procesal, los roles protagónicos los llevará adelante el Juez y el delincuente, desapareciendo por ello el ofendido totalmente del escenario. De esta manera, como lo explica la victimología, la víctima es expropiada de su conflicto, por el Estado, en donde su interés se ve reemplazado por el concepto abstracto bien jurídico tutelado, que viene a ser el orden jurídico establecido y su derecho a perseguir sus derechos en la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal promovida por la vigencia del principio de oficialidad[9] de la acción penal" (p. 36).

[9] Principio de oficialidad, lo que importa es la existencia de un interés público y no la voluntad de las partes. Los actos procesales no están subordinados al poder de disposición de los sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sino que el inicio del proceso depende de

En esa línea de ideas, tal como lo destaca Iñiguez (2003) tenemos que “el Derecho Penal estatal, surge con la neutralización de la víctima. A partir de este momento, en que se prohíbe a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses, su papel se difumina hasta desaparecer. En el ámbito práctico, su directriz se ciñe, a la mera delación, exposición y evaluación del menoscabo sufrido, para sopesar, en razón del mismo, la correcta gravedad del delito cometido. Entre los objetivos de estudio de la Escuela clásica (delito, pena y procedimiento), y de la positiva (el delincuente, sobre todo) no se reconoce un lugar a las víctimas, apareciendo algunas voces, que salvaguardan las situaciones interpersonales de los interesados” (pp. 18-19).

Por lo que desde la perspectiva de Maier (1991):

> Se habla, por ello, de una “expropiación” de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto de “bien jurídico”, establecido por la doctrina analítica delDerecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivada, y asíel Derecho penal se podía dedicar a su “protección”, a laprotección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia,al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de

que aquél interés público se ponga de manifestó ante el Tribunal por cualquier persona (Aráuz, 2016, p. 39).

> organización social. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado (pp. 31-32).

Así, el profesor Rosas (2014) nos explica las razones que facilitaron el despojo de los derechos de la víctima por parte del Estado, afirmando que:

> Diversas han sido las circunstancias que han cooperado a esta situación. En primer lugar, con la aparición del Estado moderno la titularidad de la potestad punitiva aparece como una manifestación irrenunciable de la soberanía del Estado. Por otra parte, el contenido cada vez más abstracto que la doctrina penal asigna al bien jurídico lleva al legislador a desplazar sin interés hacia el hecho delictivo entendido, no tanto como perjuicio ocasionado a la víctima, como puesta en peligro o lesión de determinados bienes esenciales para el normal funcionamiento de la sociedad. Por último, las ideas ilustradas expresadas por los correccionalistas propician la construcción de un Derecho Penal y procesal enfocado a la preponderante protección de los derechos del inculpado. Ideas asentadas hoy en la generalidad de las constituciones en el principio de la resocialización del delincuente" (pp. 241-242).

Finalmente, resumiendo lo expuesto, puedo aseverar que, hasta la etapa anterior, donde convivía tanto el *"Talión"* como la *"compensación",* la persecución penal era privada, no existía distinción entre acción penal y acción civil, ya que el *"ojo por ojo"* y *"diente por diente"* se aplicaba para ambos ámbitos[10]. La víctima tenía el dominio de su venganza contra el delincuente, con los matices anteriormente explicados. Sin embargo, este poderío cayó con la aparición del Estado, pues ahora la persecución es pública, la pena es estatal, lo que se tutela ya no es el interés de la víctima sino el *"bien jurídico"*

[10] Como no existía distinción entre la acción penal y la civil, y sin la existencia de un Estado que concentre el poder público, en la víctima se concentraba el poder para ejercitar – *vengar*- ambas acciones.

(que en buena cuenta es el orden jurídico establecido), ahora quien evalúa la pena que le corresponde al delincuente es el Estado, la víctima ya no puede accionar de propia mano, no participa más que para dar su declaración de cómo sucedieron los hechos en su agravio y exponer someramente sobre el daño que se le ha ocasionado para que el Estado evalúe, de acuerdo a su exposición, el resarcimiento que le corresponde. Con la aparición del Estado, termina la edad de oro de la víctima, momento preciso en la que es despojada de sus derechos.

3. La victimología como ciencia jurídica: Punto de partida para el redescubrimiento de la víctima en el sistema penal.

Hasta aquí he desarrollado el tratamiento de la víctima en tiempos antiguos, hasta la aparición del Estado; en el presente apartado, veremos el resurgimiento de la víctima luego de que el Estado asumiera el ejercicio tanto de la acción civil como de la acción penal, sometiendo a la víctima a un simple papel de testigo. Ante dicho escenario, a mediados del siglo XX autores como Hans Von Henting y Benjamin Mendelsohn sentaron las bases para el estudio de lo que sería una nueva ciencia: *"la victimología".* Veamos algunos aspectos de esta ciencia que dio origen al resurgimiento de la víctima.

3.1. Origen de la victimología. -

Al respecto, el profesor Drapkin (1980), señala: "Tenemos plena conciencia que al referirnos a las víctimas en general, abordamos un tema tan antiguo como la Humanidad. Sin embargo, su enfoque científico es relativamente reciente, apenas desde 1945, cuando el término "victimología" fuera acuñado por Mendelsohn" (p. 367).

Es así que, recién a partir de la Segunda Guerra Mundial se prestó especial atención al estudio de la víctima. Ello se dio concretamente el 29 de marzo de 1947, cuando el profesor israelí BENJAMÍN MENDELSHON habló públicamente y por primera vez sobre victimología. Indicando que era *"la ciencia sobre víctimas y victimidad",* cuyo objetivo primordial era el de que

hubiese menos víctimas en la sociedad, de lo cual se derivaría un menor costo social (Molina, 2010).

De igual manera Ferreiro (2005), sostiene que, "… es a mediados del siglo XX cuando emerge la Victimología. Dos personajes serán los encargados de tal surgimiento, VON HENTING y MENDELSOHN, quienes se disputan la paternidad de la nueva ciencia" (pp. 45-46).

Así, Von Henting mediante su publicación *The criminal and his victim* en 1948 planteó un referente para cualquier otra investigación que se realizase sobre la intervención de la víctima en la génesis delictiva. La principal preocupación de Henting en el estudio de la víctima era averiguar cuál era el papel de ésta en la perpetración del delito. Ya que para él en el proceso de criminalización la víctima y el ofensor interactúan y se influencian mutuamente, por lo que se necesita de ambos, ya que ambos juegan un papel activo en la comisión del delito. "*El papel activo de la víctima en la acción delictiva*", es el gran aporte de Henting, ya que hasta ese entonces no se había tomado en cuenta la participación del sujeto pasivo en la creación delictual (Ferreiro, 2005). Por su parte Mendelsohn, fue quien acuño el término *"victimología".* Él ahondó más en el estudio sobre la víctima e ingresó a estudiar los factores que provocan su existencia (Márquez, 2011).

En definitiva, la aportación fundamental de MENDELSOHN es la proposición de una ciencia global de la victimidad, omnicomprensiva y autónoma respecto de cualquier otra ciencia penal. La victimología es concebida como el estudio de la personalidad de la víctima, desde una perspectiva biológica, psicológica y social, dirigida a la profilaxia y a la terapéutica victimal. Aún, según el Abogado israelí, este estudio debe dirigirse principalmente a los factores endógenos de la víctima, debiendo, consecuentemente, asumir un enfoque preferencialmente bio-psicológico, en orden a descubrir el potencial de la receptividad victimal y a la adopción de las medidas indicadas para obviar la reincidencia de la víctima (Ferreiro, 2005, p. 49).

3.2. Etimología del vocablo victimología. -

La palabra victimología desde el punto de vista etimológico procede de los vocablos *"víctima"* de origen latino y *"logos"* de raigambre griega. Lo que significaría ciencia o estudio de la víctima (Solís, 1990, p. 58).

De modo similar el profesor Drapkin (1980) indica que, "etimológicamente la expresión "victimología" deriva de la palabra latina "víctima" y de la raíz griega "Logos". Esta última representa, desde el punto de vista teológico, la Palabra Divina personificada o el principio activo del Universo, tal como fue utilizada en un sentido místico, por los filósofos griegos. En su acepción secular significa "palabra", "discurso", "estudio"" (pp. 367-368).

3.3. Objeto de estudio. -

En relación al objeto de estudio de esta ciencia, según el profesor GULOTTA, es la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y de su papel en el origen del delito (Maier, 1991, p. 37).

Por su parte Márquez (2011), analizando el desenvolvimiento de la víctima en el proceso penal, sostiene que:

> El objeto de estudio no puede limitarse a la víctima en sí, sino su proyecto frente al nuevo sistema procesal penal acusatorio, lo cual su exposición merece ser analizado desde varios niveles:
>
> a) Nivel individual: la víctima.
>
> b) Nivel conductual: la victimización.
>
> c) Nivel de reparación del daño.
>
> Es decir, el objeto de estudio no se circunscribe a la víctima, su personalidad y características, debe estudiarse también su conducta, aislada y en relación con la conducta criminal (si la hay), así como el fenómeno victimal en general, en su conjunto, como suma de víctimas y victimizaciones, con características independientes de las individualizadas que la conforman (p. 38).

En definitiva, “la victimología es la ciencia que estudia la víctima, desde el punto de vista de su sufrimiento en sus tres etapas de victimización. La primera como víctima directa del delito; la segunda como objeto de prueba por parte de los operadores judiciales del Estado en el proceso de investigación; y, la tercera la víctima como sujeto de sufrimiento silencioso en su angustia, estrés, depresión, marginación social al revivir o recordar los sucesos en las cuales se produjo la comisión del delito. La victimología, apartándose de la criminología, busca redescubrir a la víctima en sus derechos: a la verdad, a la reparación y, a que se haga justicia en un proceso penal donde tenga todas sus garantías como las tiene el procesado (Márquez, 2011, p. 27).

Es así que, la situación de las víctimas, empieza a cambiar a partir de los años cincuenta por influencia principalmente del desarrollo de una nueva ciencia penal como es la victimología, donde se busca presentar una nueva percepción de la víctima (Márquez, 2011, p. 37). Naciendo con dicha ciencia, la corriente del redescubrimiento de la víctima.

3.4. La corriente del redescubrimiento de la víctima

Posteriormente, en atención al desarrollo de la *“victimología como ciencia”*, como afirma el profesor Cancio (2000):

> En los últimos años se ha producido, tanto en Europa como en los Estados Unidos, lo que se ha llamado el “redescubrimiento” de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política criminal, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de las víctimas que son especialmente “descuidadas” con éstos. En el plano del Derecho Procesal Penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de

> intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes. (p. 19)

En tal sentido, Maier (1991), sostiene que, "según se puede observar, se trata principalmente de un tema político-criminal, que hoy ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal, que, por su carácter, son de extrema importancia, pues tocan la base del sistema: el Derecho penal en su conjunto, casi se podría decir, era "enemigo de la víctima", al menos en el sentido de que privilegiaba la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, por ejemplo, su daño individual o social concreto, privilegio que, en muchas ocasiones, impedía toda reparación del daño, aunque existieran buenas posibilidades e intenciones para ello; hoy el movimiento reformista exige, en cambio, como meta final a alcanzar, una inversión de la situación, tal que se privilegie la reparación, en todo caso individual, por referida al caso concreto, por sobre el interés estatal en la pena" (p. 34).

Así, continúa el mismo autor explicando que:

> Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquella, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima. La idea se frustró, al parecer por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las

> instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir – otra vez – los intereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho penal. En nuestro Derecho positivo, no sólo quedó la determinación abstracta de la pena por escalas cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí y las medidas de seguridad, sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procedimiento penal (CP, 29 y ss.) que, aun con malos argumentos, provocó una regulación masiva de la acción civil reparatoria, ejercida en el procedimiento penal, por las leyes procesales locales, o la tolerancia de su ejercicio en esa sede. (Maier, 1991, p. 32)

Por su parte el profesor Rodríguez (1996) afirma que, “sin la víctima no habría sujeto activo del injusto penal ni, en muchos casos, bienes jurídicos afectados. Es necesario que el principio de primacía de la víctima cobre mayor vigor. Resulta imprescindible que la víctima sea tomada en cuenta de manera primordial, que en un proceso penal se busque asegurar sus derechos y no se le margine” (p. 179).

En síntesis, la corriente del redescubrimiento de la víctima comenzó a tener mayor importancia con la creación de la victimología como ciencia, ya que conforme se ha indicado en el punto anterior, con la nueva victimología no solo se estudia a la víctima de manera aislada sino también en su desenvolvimiento dentro del proceso penal, ésta corriente que ha sido iniciada por la *victimología* tiene como objetivo que a la víctima se le otorguen derechos equiparables a los que se le reconoce al imputado en un proceso penal, dejándose de lado el mensaje erróneo de que a la víctima –únicamente- le interesa el tema patrimonial en el proceso penal. Pues, no olvidemos que en tiempo antiguos era la víctima quien tenía el poderío para ejercer tanto la acción penal como la acción civil, que si bien estos derechos debían ser controlados, por las consecuencias nefastas en las que incurría la víctima con

el afán de venganza, a la fecha teniendo el Estado el control tanto de la acción penal y de la acción civil (salvo que la víctima se constituya en actor civil) y con los avances que ha tenido nuestro CPP de 2004- reconocimiento de una participación activa de la víctima en el proceso penal-, no podemos seguir manteniendo una concepción reduccionista de la participación de la víctima en el proceso penal, como se tenía bajo los parámetros del C. de PP de 1940, pues recordemos -y debemos tenerlo siempre presente- que éste sujeto procesal no sólo participa en el proceso penal en atención a su derecho al resarcimiento sino que también en interés al derecho a la verdad y a la justicia, incluso –muchas veces- es éste último interés el que promueve -principalmente- su ánimo de participación en el proceso penal. Bajo ese razonamiento es que voy a desarrollar los siguientes capítulos.

CONCLUSIONES.

1. Tanto en la doctrina nacional como en la extranjera existe una diversidad de definiciones respecto a qué debe entenderse por el término "*víctima"*. Mi persona, en atención a su vínculo con el derecho penal material y procesal postula la siguiente definición: *"Víctima es la persona, natural o jurídica, que de manera directa o indirecta sufre un daño a nivel físico, mental, emocional o pérdidas económicas, ya sea a nivel individual o colectivamente como consecuencia del injusto penal; puede ser también la persona que demuestre su calidad como tal en el proceso penal, a fin de constituirse en parte procesal y ejercer los derechos que le asisten".*

2. La víctima en el devenir de la historia ha ido perdiendo los derechos con los que en un principio contaba. Así, hubo un tiempo en que sus derechos eran absolutos e ilimitados (*"edad de oro de la víctima").* Pero como la actuación vindicativa de la víctima traía consecuencias nefastas para las tribus, el legislador antiguo buscó frenar dichos derechos absolutos, motivo por el cual creó la *"Ley del Talión",* una medida en favor del delincuente. Sin embargo, aún se creía que se requería una alternativa más a dicha ley*,* creándose así la *"Compensación".* Con esta última medida la víctima podía elegir entre aplicar la *Ley de Talión* o exigir un pago por los daños ocasionados, es decir, pedir una *"compensación".* No

obstante, aún se consideró que debía limitarse un poco más el actuar de la víctima, dando su aparición en dichas circunstancias el Estado, quien terminó expropiando los derechos de la víctima, quedando totalmente neutralizada en su actuación.

3. De acuerdo a los derechos con los que contaba la víctima en tiempos antiguos, resulta evidente afirmar que en sus manos residía tanto la acción penal como la acción civil.

4. Es recién con la creación de la victimología como ciencia y la aparición de la corriente del redescubrimiento de la víctima, que este sujeto empieza a recobrar importancia dentro del proceso penal, reconociéndosele la calidad de un protagonista en el proceso penal y no sólo como un mero testigo.

5. Este avance en pro de los derechos de la víctima, a fin de que cuente con facultades para participar activamente dentro del proceso penal, se ha visto plasmado principalmente en el título preliminar de nuestro CPP de 2004.

CAPÍTULO III.- LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DEL AGRAVIADO Y ACTOR CIVIL EN LAS NORMAS PROCESALES PENALES: HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA VICTIMOCÉNTRICO.

Al realizar una comparación entre el título preliminar del C. de PP de 1940 y del CPP de 2004 se evidencia una diferencia abismal entre uno y otro, pues el primero tiene una regulación de normas sumamente básicas y no directrices para la interpretación de las demás normas del Código Adjetivo; en cambio el segundo cuenta con normas de rango constitucional; asimismo, reconoce a la víctima garantías a fin de que pueda participar activamente en el proceso penal, situación que no se aprecia en el título preliminar del C. de PP de 1940.

Es así que el presente capítulo será desarrollado bajo dichos lineamientos, comenzaré por analizar los títulos preliminares de cada Código adjetivo a fin de determinar cuáles fueron las razones por las que uno adopta garantías y principios constitucionales y el otro no. Asimismo, haré referencia al tipo de Estado con el que contaba el Perú a la fecha de la emisión de cada Código y qué Constitución se encontraba vigente, pues es en nuestra Carta Magna donde vamos a encontrar la explicación de la diferencia de redacción entre uno y otro título preliminar.

Como se verá más adelante, el tipo de proceso penal con el que cuenta un país, va a reflejar el grado de desarrollo de su democracia. Así, desde la Constitución de 1933, pasando por la de 1979 y ubicándonos en la de 1993, existe un gran avance en el reconocimiento de principios y garantías constitucionales en la administración de justicia, las mismas que recién se han visto plasmadas en el título preliminar del CPP de 2004, por lo que a la fecha "podríamos" hablar de un Código Procesal Penal constitucionalizado, con ciertos reparos, conforme lo sostiene el profesor Landa Arroyo. Es en ese sentido que los derechos de la víctima se han ido ampliando con el paso del tiempo, lo cual me va a permitir afirmar que la corriente del redescubrimiento

de la víctima en el Perú se ha hecho presente a partir de la vigencia del CPP de 2004.

Posteriormente, pasaré a desarrollar los derechos del agraviado, de la parte civil y del actor civil en cada uno de estos cuerpos normativos, así como el tratamiento que se le brinda, a fin de verificar su regulación según cada Código adjetivo. Y en atención a que el progreso del reconocimiento de los derechos de la víctima en el proceso penal no únicamente ha tenido avances a nivel legislativo, sino ha ido de la mano con el desarrollo jurisprudencial, conforme se puede apreciar – principalmente- en el pronunciamiento de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 04-2019/CJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad. Donde de manera enfática se afirma que la víctima es uno de los protagonistas del proceso penal y que no sólo tiene derechos económicos, como tradicionalmente se ha entendido, sino también tiene una plena tutela jurisdiccional de sus derechos, analizaré algunos pronunciamientos jurisprudenciales que me permita verificar cuál es la postura que asume nuestra Corte Suprema en relación a los derechos de la víctima en el proceso penal.

Finalmente, pasaré a examinar la oportunidad que tiene el agraviado para constituirse en actor civil, bajo los parámetros del CPP de 2004 y de los acuerdos plenarios pertinentes; esto es, ante una formalización y continuación de la investigación preparatoria, ante una acusación directa o ante un proceso inmediato; toda vez que la jurisprudencia ha tenido diversos pronunciamientos al respecto, especialmente en referencia al proceso inmediato. La relevancia de este apartado va en relación directa con la ampliación de los derechos del agraviado, pues recordemos que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, éste cuenta con una participación activa al interior del proceso penal.

1.- Derechos reconocidos a la víctima en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penales de 1940.

Previo a desarrollar cuáles son los derechos reconocidos a la víctima en el Título Preliminar del C. de PP de 1940, es necesario resaltar la importancia de la Constitución – *norma normarun* – para la elaboración de las demás leyes

ordinarias, pues ello nos ayudará a entender mejor las bases que sirvieron de soporte para la redacción de dicho título preliminar.

Al respecto, tenemos lo sostenido por el profesor Rodríguez (s/d), quien sostiene que *"*el proceso penal debe atender asuntos de trascendente envergadura, recogidos no sólo en leyes o normas ordinarias, sino pautados en la Constitución" (p. 140). En ese sentido, debe tenerse claro que, para la elaboración de leyes ordinarias, los parámetros los fija cada Constitución vigente.

En esa línea de ideas Goldschmit (como se citó en Rodríguez, s/d), afirma que, "el hecho que el proceso penal reciba sus notas esenciales de la Constitución no es producto del azar o de una errática decisión del legislador, sino consecuencia inevitable de la opción del constituyente por un régimen estatal republicano, democrático y de derecho. Por esto es que tanto se repite que el tipo de proceso penal con el que cuenta un país refleja el grado de desarrollo o no de su democracia y de respeto o violación de las libertades civiles" (p. 142).

En ese sentido el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia recaída en el Expediente N° 0047-2004-AI/TC, estableció que:

> La Constitución es la norma de normas – *lex superior*- que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal". Asimismo, en dicha sentencia señaló que: "La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque éstas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás jurídicas restantes, por lo que el principio de jerarquía deviene en el canon estructura del ordenamiento estatal". Del mismo modo, indicó que: "La Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de derecho y como fuente de fuentes. La Constitución, por lo tanto, no solo es una norma política

> – que contiene meras disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos-, también es una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder y a la sociedad en su conjunto (STC N° 5854-2005- AA/TC). Esto es lo que se denomina primacía normativa de la ley constitucional. (San Martín, 2008, p. 74)

En definitiva, debemos tener en cuenta que la redacción de un Código va acorde a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución vigente de cada país. Teniendo claro ello, pasaré a analizar la regulación de las garantías procesales de la víctima en el Título Preliminar del C. de PP de 1940, aprobado por la Ley N° 9024, el 23 de noviembre de 1939, la misma que entró en vigencia el 18 de marzo de 1940.

Así, tenemos que de la revisión del Título Preliminar se puede apreciar que, de sus ocho artículos, ni uno hace referencia respecto a la participación de la víctima en el procedimiento penal; es decir, su participación al interior del proceso penal no se encuentra garantizada. La explicación a esta situación –conforme lo explicado en los párrafos anteriores- radica en que este cuerpo normativo fue redactado durante la vigencia de la Constitución de 1933, Constitución que no reconocía garantías al interior de un proceso, como sí lo encontramos en nuestra actual Carta Magna de 1993, en el Título IV, Capítulo VIII, Art. 139°, referidos a los principios de la Administración de Justicia.

Tal situación, va de la mano con el tipo de modelo procesal penal vigente, pues en ese entonces y hasta la fecha (en ciertos distritos judiciales) rige el modelo mixto. Cuyas notas características como lo refiere el profesor Rosas (2015) son las siguientes:

> a) El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juicio (público y oral); b) La primera etapa de la instrucción tiene una nueva orientación. A esta etapa se le otorga el papel indispensable en la recolección de las pruebas; c) Desaparecen los Jurados, incorporándose los jueces

> profesionales; d) En cuanto al juzgamiento o juicio oral, compete conocer a un órgano jurisdiccional colegiado (antes Tribunal Correccional, hoy Sala Penal), donde la audiencia es dirigida por el Presidente de dicho órgano o por otro Vocal integrante, bajo los principios procesales de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción, libertad de declaración del acusado, unidad, continuidad, preclusión y celeridad. (p. 121 -122)

Es recién con la Constitución de 1979, que se verifica un gran avance en el reconocimiento y la regulación de las garantías en la administración de justicia, pues en su artículo 233[11], ya se reconoce a nivel constitucional el derecho a la defensa, motivación escrita de las resoluciones, derecho a la instancia plural, etc. Sin embargo, estos derechos no se ven materializados

[11] **Constitución para la República del Perú (12 de julio de 1979). Artículo 233.-Son garantías de la administración de justicia:** 1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación. 2.- La independencia en su ejercicio. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámites ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Esta disposición no afecta el derecho de gracia. 3.- La publicidad en los juicios penales. Los tribunales pueden deliberar en reserva con la presencia de todos sus miembros, pero las votaciones son públicas. Solo por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional, o cuando están de por medio intereses de menores, o la vida privada de las partes, o cuando la publicidad menoscaba la recta administración de justicia, pueden los tribunales, por decisión unánime de sus miembros, disponer que el juicio por responsabilidad de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución siempre son públicos. 4.- La motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan. 5.- La indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales, en la forma que determina la ley. 6.- La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. 7.- La aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales. 8.- La inaplicabilidad por analogía de la ley penal. 9.- La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos. 10.- La de no poder ser condenado en ausencia. 11.- La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme. 12.- La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualquiera de sus formas. 13.- La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que se le requiere en los Procesos. 14.- La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución de sus miembros, no les dan posesión del cargo. 15.- El derecho de toda persona para hacer uso de su propio idioma. Si es necesario el Juez o Tribunal asegura la presencia de intérprete. 16.- La indemnización por el Estado de las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad de quien las ordena. 17.- El derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de la ley. 18.- La instancia plural, y 19.- El derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos sanos y convenientes.

en la aplicación procesal de la norma, pues el C. de PP de 1940 continuaba rigiendo bajo los parámetros de la Constitución de 1933. Es recién con el CPP de 2004 que se consolida el reconocimiento de garantías y principios en la administración de justicia y el proceso penal termina – ciertamente- constitucionalizándose, tema que analizaré más adelante.

En consecuencia, cabe concluir que en el Título Preliminar del C. de PP de 1940, no se reconoce ninguna garantía a la víctima a fin de que pueda participar activamente en el proceso penal y ello se explica porque su elaboración se llevó a cabo bajo los parámetros de la Constitución de 1933, la misma que no regulaba garantías jurisdiccionales como la tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, entre otros.

2.- Derechos del agraviado y de la parte civil en el Código de Procedimientos Penales de 1940.

2.1. Definición de agraviado.

Al respecto, el profesor Rosas (2014) refiere: "El C. de PP de 1940 designa a la víctima como agraviada y parte civil, según sea el caso. Esto significa, que agraviado – en el Código de Procedimientos Penales de 1940- es la persona (individual o jurídica) que ha recibido directamente un menoscabo al bien jurídico protegido por la ley penal" (p. 249). Tal definición se desprende de los artículos que lo regulan, pues el legislador no ha dado una definición de lo que debe entenderse por agraviado. Principalmente, se infiere del artículo 54° del C. de PP. de 1940, que a la letra señala: *"El agraviado, sus ascendientes o descendientes, su cónyuge, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado; sus padres o hijos adoptivos o su tutor o curador pueden constituirse en parte civil. La persona que no ejerza por sí sus derechos, será representada por sus personeros legales".*

Como se puede apreciar, a diferencia del CPP de 2004, no se hace referencia a los términos *"ofendido"* y *"perjudicado"*. En este artículo en mención, se identifica al agraviado con el ofendido por el delito (expresión utilizada en el art. 94° del CPP de 2004) y se deduce que, al hacer referencia a los ascendientes, descendientes, cónyuge, parientes colaterales y afines, etc., éstos coinciden con el término *"perjudicado",* locución que recién es utilizada

en la definición de agraviado que nos trae el CPP de 2004. Con dichas precisiones es que se entiende la definición postulada por el profesor Rosas Yataco, pues tal definición no la podríamos trasladar a lo que significa agraviado actualmente, toda vez que se estaría excluyendo al perjudicado por el delito. Pues, al señalar que el *"agraviado"* es la persona que recibe *"directamente"* un menoscabo al bien jurídico protegido por la ley penal, se deja de lado a los ascendientes, descendientes, cónyuges, etc., en buena cuenta, a quien actualmente se le denomina *"perjudicado"*.

Tal situación se presenta debido a que en el C. de PP de 1940, no se encuentra un título o una sección que regule –específicamente- el tratamiento del agraviado; los derechos o facultades que este sujeto procesal pueda tener, se encuentran dispersos en este cuerpo normativo. Por lo que en el siguiente apartado veremos qué facultades posee el agraviado según el C. de PP. de 1940.

Por lo tanto, en ese sentido coincido con la definición postulada por el profesor Rosas Yataco, en cuanto al término *"agraviado"*, recalcando que tal definición únicamente es aplicable para la regulación brindada por el C. de PP de 1940, no descartando la existencia de "*perjudicados"* en un evento delictivo.

2.2. Facultades del agraviado.

De la revisión que se ha realizado a este conjunto de normas, hemos podido constatar que su regulación es similar a la del CPP de 2004, en cuanto a las facultades que se le ha otorgado para que pueda participar en el procedimiento penal, de acuerdo a las etapas que le corresponde, pero más reducido. Así, tenemos que el agraviado tiene facultades para:

- Apelar el auto que deniega su constitución en parte civil, conforme lo estipula el segundo párrafo del artículo 55°.
- Solicitar al juez instructor inicie instrucción de oficio sólo en caso que la acción sea privada. Pues tratándose de acción pública el único legitimado es el Ministerio Público (art. 74°[12]).

[12] Artículo 74.- La instrucción puede iniciarse por el juez instructor de oficio, a solicitud del Ministerio Público, por denuncia del agraviado o sus parientes, o por querella en los casos fijados por este Código. (*)

- Apelar el auto que declara no ha lugar la apertura de instrucción (inciso 2 del artículo 77-A).
- Solicitar al juzgado que ordene la detención del inculpado, en los supuestos estipulados en el artículo 84°[13].
- Interponer recurso de nulidad contra el auto que declara no ha lugar a iniciar el juicio oral (artículo 221°, tercer párrafo).[14]

Como podemos apreciar, las facultades que posee el agraviado en el C. de PP de 1940, son igual de escasas que las reguladas en el CPP de 2004. Tales atribuciones se amplían cuando este sujeto procesal se constituye en parte civil[15], de conformidad con los artículos 54° y siguientes de dicho cuerpo normativo. A efectos de verificar este supuesto, pasaré a analizar la participación del agraviado en el proceso penal, constituido en parte civil.

(*) De conformidad con el Artículo 107 del Decreto Legislativo Nº 52, publicado el 18-03-81, se modifica el presente Artículo, en el sentido de que la instrucción sólo puede iniciarse de oficio o por denuncia del Ministerio Público, cuando la acción penal es pública, y del agraviado o sus parientes, cuando es privada. Véase en: http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00253.htm/sumilla00264.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_salas1317

[13] "Artículo 84.- Si durante la instrucción resultaren pruebas de que el inculpado es reincidente, cometió el delito en concierto o banda o el delito se encuentra comprendido en los alcances del mandato de detención a que se refiere el Artículo 79 del C.P.P., modificado por el Artículo 1 de la presente Ley, el Juez, de oficio, **a petición** del Fiscal Provincial **o del agraviado ordenará detención**." Véase en: http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00253.htm/sumilla00264.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_salas1317

[14] **"Artículo 221.-** Si está comprobada la existencia del delito pero no la responsabilidad del inculpado, se declarará no haber lugar a juicio respecto a éste y se archivará provisionalmente el proceso.
No estando comprobada la existencia del delito, el archivamiento tendrá carácter definitivo. Ejecutoriada que sea la Resolución en cualquiera de los dos casos mencionados, se ordenará la anulación de los antecedentes policiales y judiciales, por los hechos materia del juzgamiento, remitiéndose de inmediato copia de la Resolución a la Dirección Superior de la Policía de Investigaciones del Perú y al Instituto Nacional Penitenciario del Ministerio de Justicia, para su cumplimiento.
Si son varios los procesados y el Fiscal acusara a algunos opinando porque no procede el juicio oral para otros y el Tribunal es de igual criterio, lo declarará así y ordenará la excarcelación de estos últimos. **El recurso de nulidad que se interponga respecto al auto de no ha lugar a juicio o el de oficio cuando es agraviado el Estado,** sólo se concederá después de pronunciado el fallo si hay acusado en cárcel, procediéndose para ese efecto, a señalar día y hora para el juicio." Véase en: http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00253.htm/sumilla00264.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_salas1317

[15] Según el inciso 5 del artículo 77° del C. de P.P., si el agraviado se encuentra presente en la audiencia de presentación de cargos, una vez que se emite el auto de apertura de instrucción, podrá solicitar su constitución en parte civil.

2.3. Facultades de la parte civil.

En este punto resulta importante hacer una reflexión en cuanto a lo señalado por el profesor Rodríguez (1996), quien refiere que:

> En el Código de Procedimientos Penales de 1940 se establece, desde el artículo 54° al 58°, la posibilidad de que el agraviado se constituya en parte civil, lo cual le da básicamente derecho a la reparación civil, y a ofrecer pruebas que crea pertinentes para la condena del procesado. Pero, ¿quién ha dicho que a la víctima le interesa una condena? Muchos autores señalan que ante un conflicto de esta naturaleza a la víctima le interesa mucho más una reparación que una punición del sujeto activo del injusto penal. La reparación tiene efectos más favorables, tanto para la víctima como para el autor y, por qué no decirlo, también para el propio Estado. Así, cumple con dejar satisfecha a la mencionada víctima, y en esa medida la paz social alterada con el delito es recobrada. (p. 183)

Discrepo de esta postura planteada por el autor en mención, pues considero que a la víctima no sólo le interesa la reparación civil; más que el interés por una cuestión patrimonial, el deseo de la víctima al interior del proceso penal, es que se haga *"justicia"* por el daño que el delincuente le ha ocasionado. Y esta *"justicia"* -que tanto anhela- no solo abarca el tema patrimonial, sino también – principalmente- la imposición de una condena contra la persona que le ocasionó tal daño (patrimonial o extrapatrimonial).

Creo, que el interés de la víctima va en sentido contrario a la postura del autor en referencia. Un ejemplo claro se puede apreciar en los delitos de violación sexual, tal situación se agrava cuando las víctimas son menores de edad. Pues, en este supuesto lo que realmente tiene importancia para la víctima, es la condena del autor, más que la imposición de una reparación civil. En todo caso, consideramos que la postura del Dr. Rodríguez, resulta aplicable a

supuestos donde la acción o las consecuencias del delito no afecten bienes jurídicos tan sensibles como la vida, la libertad, etc.

En ese sentido, pienso que las atribuciones que se le otorga al agraviado constituido en parte civil, no sólo van a ir encaminadas a demostrar el aspecto civil del proceso, sino también a efectos de poder esclarecer los hechos que se investigan y poder coadyuvar al Ministerio Público a demostrar la autoría o participación del inculpado, así como su responsabilidad penal. Así, estas facultades se encuentran reguladas en el Título V, desde el artículo 54° hasta el artículo 58° del C. de PP de 1940.

En consecuencia, tenemos que la regulación en cuanto a la legitimidad que deben tener los agraviados, para que puedan constituirse en parte civil, se encuentra estipulada en el artículo 54° del C. de PP de 1940. Este artículo refiere que el agraviado, sus ascendientes o descendientes, su cónyuge, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado; sus padres o hijos adoptivos o su tutor o curador pueden constituirse en parte civil; y aquella persona que no ejerza por sí sus derechos podrá hacerlo a través de sus personeros legales.

Asimismo, el artículo 55° del mismo cuerpo de leyes señala que esta constitución en parte civil; el agraviado, podrá hacerlo mediante escrito o verbalmente ante el juez instructor. Es necesario recalcar que para que el agraviado pueda solicitar su constitución en parte civil, es indispensable que se haya aperturado instrucción (es decir, tiene que haberse iniciado un proceso penal), antes de ello no procede tal solicitud, pues únicamente se tiene actos de investigación a nivel fiscal y la constitución en parte civil se realiza ante el juez instructor y no ante el Ministerio Público.

Y en caso de que el juez desestime su petición, el agraviado tiene facultad para apelar tal resolución. Ante la resolución que declara fundada la constitución en parte civil del agraviado, el Ministerio Público y el inculpado, mediante escrito debidamente fundamentado podrán oponerse, así ha sido regulado en el artículo 56°.

“Esta categoría de “parte civil”, le otorga al agraviado o a quien lo represente, personería para promover en la investigación incidentes sobre cuestiones que

afecten su derecho, e intervenir en los que hayan sido originados por el Ministerio Público o el inculpado. Podrá así mismo, ejercer los recursos impugnatorios (apelación y nulidad) que de acuerdo a ley le es permitido" (Rosas, 2014, p. 249).

Las facultades otorgadas a la parte civil lo podemos encontrar reguladas en el artículo 57° del C. de P.P. el mismo que refiere, la parte civil está facultada para:

- Deducir nulidad de actuados
- Ofrecer medios de investigación y de prueba
- Participar en los actos de investigación y de prueba
- Intervenir en el juicio oral,
- Interponer los recursos impugnatorios que la ley prevé[16],
- Formular solicitudes en salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos,
- Solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación y cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, en tanto ello afecte, de uno u otro modo, la reparación civil y su interés legítimo, en los resultados y efectividad del proceso respecto a su ámbito de intervención,
- Colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y de la intervención en el de su autor o partícipe,
- Acreditar la reparación civil.

En cuanto a este punto, coincido con la opinión del profesor Rosas (2014) quien refiere: "No obstante que el artículo 57° del C. de P.P., al señalar que la parte civil puede ofrecer pruebas que crea conveniente para esclarecer el delito, sin embargo, consideramos que también lo puede hacer el agraviado, vale decir, que no es necesario constituirse en parte civil para ejercer este derecho, pues considerado como sujeto procesal, le asiste todos los derechos inherentes en un proceso penal, al igual que al inculpado" (p.249). Tal interpretación se sustenta a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 y

[16] "Al no haberse constituido en parte civil, el Procurador carece de personería para interponer los medios impugnatorios que señala la ley, conforme a lo dispuesto por la última parte del artículo 58 del Código de Procedimientos Penales". Exp. N° 5050-96-B-Cuzco. (Gómez, s/f, p. 169)

más claramente con la de 1993, pues no olvidemos, como lo señala el profesor Landa (2016), "(…) que en todo Estado Constitucional, la potestad jurisdiccional debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, en concordancia con los tratados internacionales – particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos- que el Perú ha suscrito y la interpretación que de ellos hagan los órganos jurisdiccionales competentes. Esta es la nueva perspectiva de la "Constitución convencionalizada", la cual busca brindar una mejor tutela a los derechos de las personas" (p. 182).

Es así que, desde la vigencia de la Constitución de 1993, toda norma perteneciente a nuestro ordenamiento jurídico debe ser interpretada de cara a la Constitución, es decir efectivizando la tutela jurisdiccional y el debido proceso de todos los sujetos procesales intervinientes en un proceso penal. En buena cuenta, las normas de este Código adjetivo deben ser interpretadas conforme a la Constitución vigente.

Así, se tiene que estas facultades otorgadas a la parte civil, por el artículo 57° del C. de PP de 1940 se ven plasmadas en diversos artículos de dicho cuerpo normativo, de manera más específica. Así, por ejemplo, tenemos que concretamente la parte civil, durante todo el proceso penal tiene facultades para:

- Solicitar la revisión de la inhibición presentada por el juez instructor (art. 24°).
- Requerir la declinatoria de jurisdicción (art. 27°).
- Recusar en los supuestos del artículo 29°.
- Postular actos de investigación que acrediten su pretensión (inciso 8 del artículo 77°).
- Apelar la resolución que disponga la comparecencia del imputado (art. 83°)[17].

[17] "**Constituye una facultad de la parte civil el apelar el mandato de comparecencia del inculpado**. Sólo procede mandato de detención en caso exista: prueba suficiente de la responsabilidad del inculpado, una pena probable no mayor a cuatro años y peligro procesal, bastando que uno de estos requisitos no exista para declarar su improcedencia". Exp. N° 98-77-SPO1-Con Norte, *Serie de Jurisprudencia 3, Academia de la Magistratura, Lima 2000, p. 488.*

- Solicitar embargo o incautación una vez aperturada la instrucción o en cualquier momento del proceso (art. 94°).
- Apelar contra la resolución que concede la libertad del procesado (art. 113).
- Nombrar perito por su cuenta a fin de que se incorpore en la instrucción (art. 165°).
- Acudir a la diligencia donde se examine a los peritos y solicitar al juez instructor la aclaración de algún punto (art. 168°).
- Solicitar la nulidad de transferencia de un bien sujeto a decomiso o que puede responder a la reparación civil o de aquellos bienes que hubieran sido transferidos ilegalmente (art. 188-A).
- Observar la acusación fiscal en el extremo de la reparación civil, postulando el monto resarcitorio que él considere conforme a los daños y perjuicios que el delito le ha ocasionado o el bien que deberá serle restituido o pagado, esta observación deberá presentarlo por escrito hasta tres días antes de la audiencia. Asimismo, podrá presentar medios probatorios – máximo hasta tres testigos y hasta dos peritos- (art. 227°).
- Concurrir al inicio del juicio oral, pero su presencia no es obligatoria salvo que el tribunal lo haya dispuesto así (art. 231°). Si en caso no acudiera a las sesiones del juicio oral, no pierde la calidad de parte civil.
- Realizar requerimientos al interior del juicio oral, interrogar al acusado, solicitar la detención de un testigo hasta que se emita la sentencia si del debate oral se verifica que ha incurrido en falsedad durante el juicio oral; puede oralizar prueba instrumental (art. 234°).
- Esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos que originan la responsabilidad y las demás circunstancias que influyan en su apreciación (art. 276°).
- Interponer recurso de nulidad únicamente en cuanto al monto de la reparación civil, salvo en el caso de la sentencia absolutoria (art. 290°).
- Ante un recurso de revisión, en el plazo de 10 días puede presentar escrito manifestando una posición jurídica al respecto (Art. 364.inc.3).

De otro lado es necesario señalar que, ante las facultades otorgadas a la parte civil, también existen restricciones a su participación, y éstas se refieren a que

no puede calificar el delito y no puede solicitar pena, así lo ha consignado el legislador en los artículos 57°. 2, 234° y 276°.

Resulta importante recordar que conforme lo ha establecido la jurisprudencia en el **Exp. N° 33-L-I-Puno,** ***"La constitución en parte civil procede en los procesos sumarios hasta antes que se expida sentencia y en los ordinarios hasta antes de iniciarse el juicio oral (…)"*** Y en el **Exp. 437-97,** se aclara que: ***"La solicitud para constituirse en Parte Civil debe ser interpuesta con anterioridad a la sentencia o al auto que pone fin a la instrucción"*** (Amag, 2000, p. 471)***. (El resaltado es nuestro).***

Y de otro lado, es necesario resaltar lo señalado por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 1538-2005-Lima**,** de fecha 20 de junio de 2005, en cuanto a la ejecución de la sentencia en el extremo de la reparación civil, siendo sus fundamentos los siguientes:

> **Cuarto:** Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que sólo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos 57° y 58° del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno, no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría –

> como se hizo- el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo 139°, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que noestá en discusión la determinación del monto de lareparación civil sino su cobro efectivo, respecto de cual,por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado ejecutado en sede civil". (El Peruano, 2005, p. 6234).

Al respecto, considero acertada la postura de la Corte Suprema, toda vez que la constitución del agraviado en parte civil, es con la finalidad de poder participar activamente al interior del proceso penal hasta la emisión de una sentencia firme de condena; sin embargo, su no constitución, no lo limita para que pueda hacer efectivo el cobro de la reparación civil en la etapa de ejecución.

Entonces, tenemos que una vez que el agraviado se constituye en parte civil, sus derechos son muy similares a los regulados en el CPP de 2004. Sin embargo, en la práctica estos derechos no se ven materializados, pues la mayoría de nuestros jueces a nivel nacional no permiten que la parte agraviada, como tal, o constituida en parte civil, tenga una participación activa en el proceso penal y ello se debe a la costumbre de nuestros magistrados de interpretar de manera aislada la norma procesal, dejando de lado las garantías en la administración de justicia que la Constitución reconoce. Tal desplazamiento de este sujeto procesal era entendible al amparo de la Constitución de 1933, Carta Magna que se encontraba vigente al momento de la creación y dación del Código adjetivo de 1940 e incluso con la vigencia de la Constitución de 1979, pero no siendo así con la vigencia de nuestra actual Constitución Política.

En definitiva, como bien lo resalta el profesor Landa (2016): "Nadie puede desconocer la fuerza normativa de la Constitución, en tanto ésta es: i) *lex legis* – ley de leyes-, dado que se encuentra en el vértice de las demás normas y

prima en caso de conflicto sobre ellas; y, ii) *norma normarum* – norma fuente de normas-, pues constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico. Así, la Constitución sienta las bases sobre las cuales se edifican las diversas instituciones jurídicas, incluyendo a los procesos" (p. 182). Por lo que nuestros magistrados al aplicar una determinada norma deben de interpretarla de cara a nuestra Constitución, a fin de garantizar los derechos no solo del investigado o procesado sino también de la víctima.

3.- Derechos reconocidos a la víctima en el Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004[18].

Nuestros legisladores eran conscientes que desde la vigencia de la Constitución de 1979 y más aún con la entrada en vigencia de la de 1993, nuestro Código debía adaptarse a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Pues, la deficiencia en la redacción de las normas del C. de PP de 1940, se debía a que su base normativa radicaba en la Constitución de 1933.

En ese sentido, Chiovenda (como se citó en Landa, 2013) refiere: "La concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de la tutela de los derechos fundamentales, en la medida en que su validez y eficacia han quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas" (p. 71). Por su parte Calamandrei (como se citó en Landa, 2013) agrega: "Por eso, en el derecho

[18] Antes de analizar el Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, resulta necesario hacer breve referencia al Código Procesal Penal de 1991 y el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995. Así tenemos que, al respecto el profesor Rosas Yataco, citando a Víctor Cubas Villanueva, señala que: *"Tras la publicación del CPP en 1991, que no entró en vigencia con excepción de algunos artículos, los legisladores nacionales se sumaron a la nueva corriente que ya se venía promocionando durante las tres últimas décadas en toda América Latina y que se han consolidado en nuestro país con la promulgación del Código de 2004. La tendencia actual por tener raíces en el modelo acusatorio antiguo ha dado en llamarse Modelo Acusatorio Garantista o liberal, modelo que además de replantear de modo protagónico la presencia del fiscal en el proceso, destaca la tarea del juez penal, asignándole exclusivamente la facultad de fallo, dejando de labor de investigación en manos del Ministerio Público el que, asistido por la Policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación."* ROSAS YATACO, Jorge (2015). *"Tratado de Derecho Procesal Penal – Doctrina – Jurisprudencia - Modelos"*. Lima – Perú: Jurista Editores. Tomo I. p. 122.

constitucional contemporáneo se ha replanteado la institución del proceso a partir de su relación con la Constitución, una vez recuperado el Estado de derecho basado en valores democráticos y constitucionales. Esta procura la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, a partir del reconocimiento del rol tutelar al juez" (p. 71).

En esa línea de ideas el profesor Landa (2013), afirma que: "En esta revisión conceptual, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración, incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos conduce necesariamente a dos cosas: a que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos, y a que el Estado asegure la tutela jurisdiccional" (p. 71).

Así, con gran acierto el profesor Rodríguez (s/d) explica que, "ya que en todo proceso penal se ventilan asuntos de mucha importancia (paz, tranquilidad, seguridad y derechos fundamentales; esencialmente libertad personal), por lo que las normas jurídicas que lo regulan no pueden edificarse de espaldas a la Constitución, la misma que cuenta con un programa procesal penal que establece la orientación o el espíritu, modelo y las vigas maestras del mecanismo estatal de resolución de conflictos con relevancia jurídico penal" (p.140).

En el orden interno, la opción asumida por la Constitución de 1993 al otorgarle la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público obliga adecuar el proceso penal a dicha exigencia constitucional, así como a las garantías reconocidas en el artículo 139° de dicha norma suprema[19].

[19] Se ha olvidado que en todo Estado constitucional, la potestad jurisdiccional debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, en concordancia con los tratados internacionales –particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos– que el Perú ha suscrito y la interpretación que de ellos hagan los órganos jurisdiccionales competentes. Esta es la nueva perspectiva de la "Constitución convencionalizada", la cual busca brindar una mejor tutela a los derechos de las personas. (Landa, 2016, p. 182)

En ese orden de ideas, el profesor Landa (2016) se hace la siguiente pregunta: "¿El Derecho Penal y, en particular, el Derecho Procesal Penal, ¿se han constitucionalizado? La respuesta no es absoluta porque, hoy en día, el ordenamiento jurídico penal – sustantivo, procesal y de ejecución- no puede entenderse sin el respeto del orden público constitucional convencionalizado. **Pero muchos jueces que ejercen la función jurisdiccional no suelen aplicar los principios constitucionales. Es como si los procesos penales, en los cuales la tutela de derechos fundamentales debería ser más intensa, todavía fueran ajenos a la Constitución convencionalizada"** (p. 182). (El resaltado es nuestro)

En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales, irradiando los procesos. Por ello, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139.3, Capítulo VIII, Título IV del poder Judicial). Estos se han potencializado con la jurisprudencia del TC, la cual ha aumentado considerablemente el interés por la naturaleza, objeto y carácter de los procesos. (Landa, 2013, p. 33)

Es así que, en relación al tema en análisis, podemos verificar que en el Título Preliminar se ha visto plasmado todas las garantías constitucionales que rigen en la administración de justicia. Siendo que las de mayor interés, para la participación de la víctima en el proceso penal, son las siguientes:

a. Inciso 3) del artículo I: Justicia Penal.

   (…)

   Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo

> allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia[20].

Al respecto, Montero (como se citó en Landa, 2016) refiere: *"*(…), en este artículo, también se ha incorporado el principio de igualdad procesal, el cual se deriva del derecho fundamental a la igualdad – artículo 2.2 de la Constitución-, y consiste en que las partes en el proceso penal- que es el caso que ahora nos ocupa- se encuentren en condiciones paritarias y dispongan de los mismos instrumentos para hacer valer sus pretensiones en el proceso (igualdad de armas).Es decir, por este principio, las partes de un proceso deben tener "los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios, ni a favor ni en contra, de alguna de ellas""(p. 184).

Debo recalcar, que el artículo en estudio hace alusión a *"las partes"*; es decir, esta igualdad procesal a la que se hace referencia también alcanza en toda su plenitud al agraviado constituido en actor civil, situación que a la gran mayoría de nuestros jueces le resulta de difícil comprensión, quienes aún no se acostumbran a la presencia y partición de la víctima en el proceso penal, desconociendo los derechos que ésta tiene a efectos de actuar conforme a la facultades que la ley le otorga.

b. Inciso 3) del artículo VII: Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal.
   (…)
   La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente.

[20] Inciso que se encuentra relacionado con el Inc. 2 del art. 2° (igualdad), en concordancia con el inciso 2 del art. 139° (debido proceso) de nuestra Constitución: *"Que da como resultado la igualdad de armas constitucional".*

Considero que la finalidad del inciso en mención es que los jueces garanticen la participación de todas las partes procesales al interior de un proceso penal, es por ello la obligación de los jueces de realizar una interpretación restrictiva ante disposiciones normativas que limiten el poder conferido a las partes o establezcan sanciones.

c. Inciso 3) del artículo IX: Derecho de Defensa.

   (…)

   El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

El presente inciso se encuentra vinculado a los incisos 3) y 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, en cuanto al debido proceso, en su manifestación al derecho de defensa y la tutela jurisdiccional efectiva, pues recordemos que a través de la tutela jurisdiccional efectiva también se garantiza la participación de todo sujeto procesal al interior de un proceso penal.

En esa línea de ideas se ha pronunciado nuestro **Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 736-2005-PA/TC-Lima**, al señalar que, "(…) la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. (…) En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento jurídico dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. (…) queda claro que sí, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna

lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna (…)".

Suma a dicho análisis, lo sostenido por nuestra Corte Suprema en el fundamento 19 del **Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116**. **Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal**, fundamento en el cual hace hincapié en la necesidad de garantizar la tutela jurisdiccional de la parte agraviada en el proceso penal, realzando el apartado 3 del artículo IX del Título Preliminar, relativo a los derechos procesales de la víctima. Así, afirma que:

> *La víctima*, en el proceso penal, tiene *derechos propios*, en tanto la concepción que asumió el Código Procesal Penal es la de erigirse en un instrumento para resolver conflictos sociales en los cuales la víctima es, precisamente uno de los protagonistas. La víctima no solo tiene *derechos económicos* – como tradicionalmente se ha entendido-, esto es, a una *reparación efectiva e integral* por los daños infligidos por la conducta atribuida al imputado, sino también a una plena tutela jurisdiccional de sus derechos y concebirse su intervención y derechos como una *protección integral* garantía efectiva de su dignidad – derechos materiales y derechos procesales-.
>
> En tal virtud, la víctima en sede procesal penal tiene **(i)** el derecho a conocer de las actuaciones del procedimiento penal y a que se le instruyan de sus derechos; **(ii)** el derecho de participar en el proceso – en el curso de la diligencias procesales-, a intervenir en las decisiones que le afecten, a constituirse en actor civil sin cortapisa alguna, a impugnar o interponer remedios procesales y, en su caso, el derecho a la protección si

> su integridad se ve amenazada – en su conjunto, derecho a la protección judicial-; y, **(iii)** el derecho a obtener la debida tutela jurisdiccional de sus derechos materiales o sustantivos, lo que importa, obviamente, **(1)** el derecho a la verdad – a conocer lo que en efecto ocurrió y tener legitimidad para instarlo y reclamar por su efectiva concreción-, **(2)** el derecho a la justicia – es decir, derecho a que no haya impunidad, en tanto el Estado tiene la obligación constitucional de respeto y garantía plena de los derechos humanos – y **(3)** el derecho a la reparación integral.
>
> Esta concepción, sin duda alguna, importa replantear una serie de conceptos tradicionalmente entendidos y aplicados, y asumir una opción en pro de hacer efectivos los derechos materiales y procesales de la víctima del delito, tanto del ofendido por el delito como por el perjudicado por el mismo.

Sumado a estos tres incisos se tiene lo estipulado en el artículo X del Título Preliminar, relativo a la prevalencia de las normas del Título Preliminar, que a la letra señala:

> *Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código, serán utilizadas como fundamento de interpretación.*

Al respecto, el profesor Landa (2016) realzando la prevalencia del artículo X del Título Preliminar, ante las demás disposiciones normativas, señala:

> En general, las disposiciones que están contenidas en un Título Preliminar gozan de cierta prevalencia frente a las demás. Es decir, son disposiciones, pero también principios que orientan las demás disposiciones de las cuales forman parte. De ahí que podemos afirmar que son normas rectoras no sólo porque orientan, sino

> también porque sirven como parámetros de interpretación. En este sentido, el CPP tiene el acierto de haber precisado la prevalencia de las disposiciones del Título Preliminar, porque como hemos visto, las disposiciones constitucionales contenidas en el Título Preliminar, antes que normas de carácter estrictamente procesal, son de naturaleza constitucional. Ello justifica, por tanto, la preeminencia de estas normas, con lo cual, en caso de contradicción entre éstas y de las normas restantes, deben aplicarse aquéllas. (p.191)

En definitiva, conforme hemos podido apreciar, se ha logrado constatar que una de las grandes diferencias entre el C. de PP de 1940 y el CPP de 2004, es la redacción de su Título Preliminar. El del 2004, recoge normas de carácter constitucional, a decir del profesor Landa, tenemos en cierto modo un Código Procesal Penal Constitucionalizado; en cambio en el C. de P.P. de 1940 no se aprecia tal situación. Como se explicó anteriormente, la distinción entre un Código y otro radica en el tipo de Constitución que sirvió como base para su redacción. Esta situación va a tener gran incidencia en el desenvolvimiento de los sujetos procesales al interior del proceso penal y especialmente de la víctima, más aún si está constituida en actor civil.

4.- Tratamiento del agraviado en el Código Procesal Penal de 2004.

4.1.- Definición de agraviado:

A diferencia del C. de PP de 1940, el CPP de 2004 regula el tratamiento del agraviado en un apartado específico, esto es, en el Capítulo I, del Título IV, desde el artículo 94° hasta el 97°; otorgándole una definición en su artículo 94°, indicando que se considera agraviado:

> A todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del

> Estado su representación corresponde a quienes la ley designe.
>
> Asimismo, señala que en los delitos cuyo resultado sea la muerte del agraviado, tendrán tal condición los establecidos en el orden sucesorio previsto en el artículo 816°[21] del Código Civil.
>
> También son considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan.
>
> Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Perú, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento".

Algunos autores, en base a la redacción brindada por el legislador en el artículo 94°, en cuanto a lo que debe entenderse por agraviado, han referido lo siguiente:

A decir del profesor Neyra (2010): *"*Agraviado es el ofendido o perjudicado, que por su sola calidad de ser tal goza de derechos, sin necesidad de constituirse en parte civil (…), el concepto de agraviado se transforma en un concepto amplio que abarca tanto al ofendido como perjudicado (…)" (p. 256).

[21] Código Civil. Artículo 816: Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto ordenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Por su parte, Cubas (2009) refiere: “Agraviado es la persona que ha sido víctima de la comisión de un delito. Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima y el autor está obligado a reparar tal perjuicio, por ello, como consecuencia del delito, surgen dos acciones: una dirigida a obtener la aplicación de la sanción penal y otra dirigida a obtener el resarcimiento por el daño causado (…). El concepto de víctima, no equivale al de agraviado, el concepto de víctima es más amplio” (232-233).

Y en cuanto a la diferenciación entre los términos *“ofendido”* y *“perjudicado”*, utilizados en el artículo en referencia, el profesor Neyra (2010) ha indicado lo siguiente: “**“Ofendido”** es aquella persona que de manera inmediata sufre la comisión de una conducta criminal, es decir, aquella persona contra la que el sujeto activo dirige su conducta delictiva. **“Perjudicado”,** comprende a terceros a quienes el delito haya producido cualquier clase de perjuicio, es decir, el sujeto pasivo del daño indemnizado o el titular del interés directa e indirectamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial causada por la comisión del delito” (p. 255).

De otro lado, Burgos (2013), citando a Rodríguez Manzanera y a Manzini realiza el siguiente análisis en cuanto al término “ofendido” y “perjudicado”, indicando lo siguiente:

> Rodríguez Manzanera enseña que el sujeto pasivo es “el titular del bien jurídicamente protegido”, por lo que consecuentemente se llamará ofendido, “aquel que sufre un perjuicio debido al acaecimiento del delito y que tiene derecho a la reparación de daño”, y el perjudicado, “todo aquel que sufre un perjuicio por el acaecimiento del delito, aunque no tenga culpa ni participación en el ilícito”. Ejemplifica que en el homicidio el muerto es el sujeto pasivo; sus familiares, los ofendidos, y que los familiares del delincuente podrían ser los perjudicados, si este es apresado. En contraposición, Manzini señala que perjudicado es el que sufrió la lesión jurídica

producida por el hecho constitutivo del delito y todo aquel que tenga legítimo y actual interés en obtener un resarcimiento del daño o una restitución. A un nivel terminológico, también se emplea el término “ofendido”. En este sentido, el término ofendido parece referirse al sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento, mientras que perjudicado sería aquella persona que sufre en su esfera estrictamente patrimonial, o moral, las consecuencias del ilícito penal cometido.

Esta segunda definición se acercaría más a lo que el legislador ha pretendido desarrollar en cuanto a esta distinción de agraviado, por cuanto lo entendemos así que en el ofendido se encuentra incluido a las personas que pueden promover directamente la acción penal constituyéndose como querellante particular. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 1, al señalar que en los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente “ofendido” por el delito ante el órgano jurisdiccional competente; y, en concordancia con el artículo 107, prescribe que en los delitos de ejercicio privado de la acción penal, el directamente “ofendido” por el delito podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio; así, el ofendido se refiere a la ofensa que se realiza a una persona directamente dentro de los delitos de acción privada tipificado en los artículos 130, 131 y 132 del Código Penal y enmarcado procesalmente en los artículos 107 al 110 del Código Procesal Penal, quien adquiriendo el rol de querellante particular puede, conjuntamente, instar tanto la sanción penal como la reparación civil. Sin

> embargo, el último párrafo del artículo IX del Título Preliminar confunde los términos al señalar a la persona "agraviada o perjudicada", como si la persona agraviada no puede ser perjudicada por el delito. Lo que aquí tenemos que siendo parte de un título preliminar que tiene como función aplicar una mejor interpretación sobre todo el cuerpo normativo, era mejor que solo incluyera el término de "agraviado" para así identificar a la víctima sea la forma en que se haya cometido el hecho ilícito y los efectos en que haya repercutido contra ella. (p. 506-508)

Conforme se puede apreciar, existen distintos puntos de vista en relación a las diferencias existentes entre los términos *"ofendido"* y *"perjudicado"*, mi persona coincide con lo señalado por los profesores Neyra Flores, Manzini y Burgos Alfaro, pues en la definición postulada por estos autores se aprecia de mejor manera lo plasmado por el legislador en el artículo 94°. Pues, entendemos que el término agraviado abarca tanto al ofendido como al perjudicado y la diferencia entre uno y otro se puede deducir del análisis de las normas a las que hace referencia el término *"ofendido"*, como bien lo señala Burgos, éste término lo hallamos en los artículos que hacen referencia a delitos de persecución privada (art. 1° (inc. 2 y 3), art. 107° y art. 459° (inc. 1 y 2)) y teniendo en cuenta que el ejercicio de la acción penal -en estos casos- únicamente se activa a instancia de parte o como lo dice la norma *"por quien resulte directamente ofendido",* podemos concluir que el término ofendido hace referencia a quien recibe directamente el daño.

Situación distinta sucede en el caso del término *"perjudicado"* pues de la revisión de todas las disposiciones normativas del CPP de 2004, este término lo encontramos únicamente en el apartado del tratamiento de la acción civil (art. 11° y art. 12°) y del actor civil (art. 98°).

Así, tenemos que el inciso 1 del artículo 11° señala que el ejercicio de la acción civil corresponde especialmente al *"perjudicado"* por el delito y si éste se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público. El inciso

1° del artículo 12°, refiere: *"el perjudicado"* por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil. Y finalmente, el artículo 98° señala: la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte *"perjudicado"* por el delito (…). En los tres supuestos no se menciona para nada al ofendido, ni se utiliza el término agraviado, como para abarcar ambos supuestos (perjudicado y ofendido).

En esa línea de ideas, el término *"perjudicado", únicamente lo encontramos en el ámbito del ejercicio de la acción civil*, pero es claro que en la realidad no solamente el perjudicado por el delito podrá constituirse en actor civil o ejercer la acción civil ya sea en el proceso penal o no, sino que esta facultad también alcanza al *"ofendido"* por el delito, en general abarca al agraviado, que recoge ambos supuestos. Motivos por los cuales considero que de manera errada el legislador ha consignado el término *"perjudicado" en* el apartado del ejercicio de la acción civil, cuando debió utilizar el término *"agraviado*" que abarca ambos supuestos (ofendido y perjudicado).

Tal observación también la realiza Burgos Alfaro, pero al artículo IX del Título Preliminar, pues en su último párrafo se utiliza como sinónimos los términos "agraviado" y "perjudicado", por lo que – como lo señala el mismo autor- hubiera sido preferible utilizar -únicamente- el término agraviado, que incluye tanto al ofendido como al perjudicado por el delito.

En conclusión, recordando lo ya sostenido en el capítulo anterior, el término agraviado, abarca tanto al ofendido como al perjudicado por el delito. Y si se desea hablar de manera más genérica, es posible utilizar el vocablo *"víctima",* que engloba a los términos antes mencionados.

4.2.- Derechos y deberes del agraviado:

Los Derechos del agraviado lo encontramos regulados en el artículo 95° del CPP de 2004, que son los siguientes:

a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;

b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.
d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
e) El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.
f) Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en que intervenga sea acompañado por persona de su confianza.

En relación a la frase "*siempre que lo solicite*", utilizado por el legislador en el artículo en referencia, Burgos (2013), sostiene lo siguiente:

> Estas salvedades, de incluir el "siempre y cuando", define la limitación que tiene el agraviado para ejercer los derechos que la ley presuntamente le otorga en el proceso; pues conforme lo vemos, si el agraviado solo puede ser informado de la actuación procesal en la que intervino, o cuando no haya intervenido si previamente lo solicite, nos damos cuenta que el Ministerio Público o el Poder Judicial solo le informará del proceso cuando el agraviado les realice formalmente un pedido. Entonces, aparte de todo tipo de concepto de protección que tenga que ver entre las instituciones del Estado hacia la víctima, sin consideraciones o privilegios, le está diciendo que tiene que preocuparse del proceso, que tiene que tener interés para que se le incluya en él, y pueda beneficiarse de los derechos que le otorga la ley; pero este interés por el proceso tiene que ser motivado a fin de que la víctima no se "neutralice" y no se vulnere el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. (p. 513)

Ahora bien, así como se le ha otorgado al agraviado una serie de derechos al interior del proceso penal, el legislador ha tenido a bien regular como deber del agraviado el que declare como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral, tal obligación se ve plasmada en el artículo 96° del CPP de 2004. Considero, que este deber que se le ha impuesto al agraviado es debido a que ya sea en su calidad de ofendido o perjudicado tiene mayor conocimiento de los hechos que se han desplegado contra su persona o contra persona directamente vinculada a él y esta información resulta importante para el esclarecimiento de los hechos y el desarrollo de la investigación, situación que fundamenta el deber que tiene el agraviado de brindar su declaración ante las instancias pertinentes.

De otro lado, se tiene que en los supuestos donde existan una diversidad de agraviados por el mismo delito y todos ellos se constituyan en actor civil, el legislador ha dejado a discrecionalidad del Juez disponer que nombren un apoderado común, siempre y cuando considere que por la cantidad de actores civiles puedan entorpecer el normal desarrollo de la causa y que no existan defensas incompatibles, representen intereses singulares o formulen pretensiones diferenciadas.

Si bien los derechos del agraviado han sido recogidos de manera genérica en el artículo 95° del CPP de 2004, de una revisión de todo el Código adjetivo, este sujeto procesal de manera concreta, tiene derecho a:

- Solicitar se inicie la acción penal, cuando tiene conocimiento de la comisión de un delito, (art. 1.1),
- A participar de la diligencia, en los supuestos de principio de oportunidad, donde se arribará a un acuerdo reparatorio a su favor, por los daños y perjuicios ocasionados a su persona como consecuencia del evento delictivo, siempre y cuando no exista afectación grave al interés público. Asimismo, cuando se hubiera promovido la acción penal, tiene derecho a participar de la audiencia donde se dictará auto de sobreseimiento y

apelar el extremo de la reparación civil, siempre y cuando no se encuentre de acuerdo con el monto fijado por el Juez, (inc. 2, 3 y 7 del art. 2°).

- Ejercitar la acción civil, esto es, solicitar su constitución en actor civil a efectos de tener una participación activa al interior del proceso penal, (art.11°, 12° y 98°).
- Incoar la acción penal y civil de conformidad con el numeral 1 del artículo 2°, para lo cual deberá constituirse en querellante particular (inc. 2 del art. 1, art. 107° y 459°).
- Reservar su derecho a participar en las diligencias de inspección judicial y reconstrucción, siempre y cuando sean menores de edad o su intervención pueda afectarlas psicológicamente, (inc.3 del art. 194°).
- Solicitar a la fiscalía la devolución de bienes incautados siempre y cuando éstos ya hayan sido utilizados en la actividad investigadora, este acto debe realizarse con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo, podrán solicitar la devolución de bienes que le fueron sustraídos (inc. 1 y 2 del art. 222°).
- Requerir al fiscal o juez, medidas de protección cuando exista un peligro grave para su persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, para su cónyuge o su conviviente o sus ascendientes, descendientes o hermanos, (art. 247°).
- Solicitar a la Fiscalía como a la policía que se evite se le tomen fotografías, a efectos de evitar se conozca su identidad, este supuesto es aplicable cuando se le ha otorgado medidas de protección. Asimismo, podrán solicitar se les facilite traslados en vehículos adecuados para las diligencias y un ambiente reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado, cuando sea del caso permanecer en las dependencias judiciales para su declaración, (inc. 1 del art. 249°).
- En los delitos de usurpación, solicitar al juez ordene desalojo preventivo del inmueble ocupado en el término de 24 horas, solicitando la ministración provisionalmente de la posesión, para ello deberá acreditar su derecho. Asimismo, podrá solicitar copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección fiscal, (inc. 1 y 2 del art. 311°).
- En los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar prevista en el artículo 150 del Código Penal, violación de la libertad sexual,

o delitos que se relacionan con la violencia familiar, puede solicitar al Juez imponga una pensión de alimentos a favor de los directamente ofendidos que como consecuencia del hecho punible perpetrado en su agravio se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades, (inc. 1 art. 314°).

- Que se le notifique con la no procedencia de la formalización y continuación de la investigación preparatoria (archivo definitivo) o la reserva provisional de la investigación a efectos de que en el plazo de 5 días pueda interponer requerimiento de elevación de actuados al fiscal superior y que esta decisión sea evaluada por el superior jerárquico, si en caso lo considera (inc. 1 y 5 art. 334).
- En la etapa de los alegatos finales, antes de la defensa material del acusado, solicitar al órgano jurisdiccional se le conceda la palabra, incluso así no haya intervenido durante todo el proceso (Inc. 3 del art. 386°).
- Interponer denuncia constitucional contra altos funcionarios públicos por delitos de función, (inc. 1, art. 450°).
- Participar en los procesos de colaboración eficaz, al final de la fase de corroboración, a efectos de acordar un monto por concepto de reparación civil con el colaborador. Asimismo, puede ofrecer pruebas que acrediten su pretensión. Si en caso no arriba a un acuerdo con el colaborador, tiene expedito su derecho para hacerlo valer en la vía civil, en cuyo caso impugnará el Acta sólo en el extremo del monto de la reparación civil (art. 473-A).
- Solicitar al juez que conoce el proceso penal, la extradición de una persona procesada o condenada que se encuentre en otro Estado, (inc. 1 del art. 525°).

Como se puede apreciar, los derechos del agraviado en el CPP de 2004, se encuentran mejor estructurados, que en el C. de PP de 1940; pues se le ha asignado un capítulo, una definición y sus derechos son más amplios. Y estos derechos encuentran mayor amparo, en su Título Preliminar, toda vez que existe una diferencia sobresaliente en relación con el Título Preliminar del Código adjetivo de 1940. Pues en el CPP de 2004 en diversos artículos se le reconoce amplios derechos al agraviado; y, recordemos que las disposiciones

contenidas en el Título Preliminar son la columna vertebral de este grupo de normas procesales, que sirve como base y fundamento de interpretación de las disposiciones normativas; así, conforme se señaló en el punto 3, el inciso 3 del artículo I, VII y IX del Título Preliminar son fundamentales para garantizar la participación procesal de la parte agraviada. Esta situación no se visualiza en el C. de PP de 2004, es por ello que en la práctica pese a los derechos que se le reconoce tanto al agraviado y a la parte civil, los magistrados, casi siempre, interpretan la norma de manera restrictiva y limitando su participación. Considero, que este reconocimiento a la parte agraviada (y en extensión al actor civil), resulta de gran importancia y es la novedad que trae consigo el CPP de 2004 a diferencia del de 1940. Ya que refuerza la figura y la participación de la víctima en el proceso penal y exige a los jueces su reconocimiento y el respeto por este sujeto procesal, otorgándole garantías constitucionales que han sido plasmadas en su Título Preliminar.

5.- Tratamiento del actor civil en el Código Procesal Penal de 2004.

La regulación del actor civil, lo encontramos en el Título IV, Capítulo II, desde el artículo 98° hasta el 106° del CPP de 2004. La constitución del agraviado en actor civil, le abre un abanico de posibilidades a fin de que pueda participar activamente en el proceso penal.

Así, como lo señala el profesor Peña (como se citó en Burgos, 2013): *"*Para que la víctima pueda ser considerada parte en el proceso penal debe necesariamente constituirse en "actor civil", si esta no lo hace, renuncia a una legitimación activa en el procedimiento, pero, sin embargo, no pierde el derecho de recibir la reparación civil contenida en la sentencia condenatoria" (p. 511).

De otro lado, tenemos que, en el proceso penal peruano, por economía procesal se acepta la discusión de dos tipos de pretensiones, una penal y otra de índole civil. En ese sentido, nuestro Código adjetivo tiene un apartado referido a la acción civil derivada del delito. Al respecto, Burgos (2013) refiere: *"*De la comisión de un delito no solo se deriva una responsabilidad penal, sino que, además, puede surgir una responsabilidad de carácter civil. Ello ocurrirá cuando, a través de la realización de un hecho que reúne las notas que la ley

penal exige para considerarlo como delito, se haya ocasionado un daño (…). Sin embargo, debemos dejar en claro que la responsabilidad civil, aunque la ley manifieste que deriva del delito, lo hace de un hecho civilmente ilícito que tiene a su vez la consideración del delito. Del delito no nace acción civil, sino penal. La civil surge de hechos que generan ese tipo de consecuencias conforme a las normativas civiles" (p.516-517).

Así, la discusión del tema civil al interior de un proceso penal beneficia básicamente a la víctima, ya que le ahorra esfuerzos de no tener que acudir a dos vías judiciales para ver satisfecho su interés en general; pues recordemos, como anteriormente lo referí, consideramos que la víctima no sólo tiene interés por el tema patrimonial, sino que también busca la imposición de una condena al delincuente, independientemente que ésta pretensión última, no esté en sus manos, sino en las del titular de la acción penal: "El Ministerio Público", a quien coadyuvará en demostrar en el juicio oral la responsabilidad penal del acusado, de conformidad con lo estipulado en el artículo 105 del CPP de 2004.

En esa línea de ideas, compartimos la opinión sostenida por Gimeno (2007) quien al respecto, señala: "El fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil" (p. 257).

5.1.- Definición de actor civil.

De la revisión de la doctrina se ha encontrado definiciones de actor civil bastante similares. Así, tenemos, por ejemplo:

Gimeno (2003), quien refiere: *"*Consideramos aquí actor civil a todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial que trae causa de los hechos delictivos por los que se procede*"* (p.127).

Por su parte Gálvez (2016) señala: “La parte o actor civil, es el propio agraviado o sujeto legitimado (caso de los herederos del agraviado en los delitos de homicidio), que ha comparecido en el proceso penal ejercitando la acción civil sustentada en la pretensión resarcitoria surgida del delito. Esto es, en principio, actor civil es el propio agraviado directo del delito, comprendiendo dentro de este concepto a los directamente perjudicados por la acción delictiva o a sus sucesores en caso de muerte del agraviado directo; igualmente lo serán los accionistas, socios, asociados o miembros de las personas jurídicas” (p. 319).

De otro lado, Solé (como se citó en San Martín, 2014) indica: “Que se define al actor civil como aquella persona, que puede ser agraviado o sujeto pasivo del delito; es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto, de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito” (p. 259-260).

En esa línea de ideas, Gálvez & Delgado (2013) refieren: “El actor civil es un sujeto formalmente constituido en el proceso penal, quien introduce la pretensión reparatoria, y su actuación está orientada a aportar la prueba necesaria para acreditar la entidad y magnitud del daño ocasionado con el delito, a fin de obtener la adecuada reparación civil, sin perjuicio de que pueda colaborar en la acreditación de la responsabilidad penal del procesado, ofreciendo medios de investigación y de prueba, participando en los actos de investigación, entre otros” (p.87).

Finalmente, Arbulú (2015) señala: “Es un sujeto procesal que dentro del proceso penal juega un rol accionario relacionado con el objeto de este, como causa de obligación, pero limitado al campo civil reparatorio e indemnizatorio” (p. 421). No comparto esta definición, pues considero que es un tanto limitada, toda vez que como bien lo señala el artículo 105° del CPP de 2004, una vez que el agraviado se constituye en actor civil puede coadyuvar al Ministerio Público al esclarecimiento de los hechos y no solo limitarse a la probanza de la responsabilidad civil que peticiona.

En ese sentido, y desde una perspectiva más amplia y en atención a las facultades otorgadas al actor civil, postulo la siguiente definición[22]:

> "Actor civil es el agraviado (ofendido o perjudicado) que se constituye como parte procesal, a efectos de ejercitar la acción civil y tener una participación activa al interior del proceso penal, no solo en cuanto al objeto civil del proceso, sino también colaborando con el esclarecimiento de los hechos y con determinación de la participación del procesado en el delito".

5.2.- Actor Civil como titular de la acción civil, según el inciso 1 del artículo 11° del Código Procesal Penal de 2004.

La regulación de la acción civil la encontramos desde el artículo 11° hasta el 15° de la Sección II del Libro Primero del CPP de 2004°. De esta Sección lo que nos interesa resaltar es la novedad que nos trae el CPP de 2004- en este ámbito- esto es, el inciso 1 del artículo 11° que literalmente señala:

> *El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito.* ***Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso***. (El resaltado es nuestro).

De la lectura de dicho artículo se desprende que en principio el titular de la acción civil no sólo es la parte agraviada, sino también el Ministerio Público. Es decir, el agraviado sólo va a desplazar al Ministerio público siempre y cuando se constituya en actor civil.

---

[22] La presente definición ha sido reelaborada, toda vez que en un artículo de mi autoría se sostuvo una definición muy similar a la postulada en la presente tesis; sin embargo, consideramos pertinente realizar algunas modificaciones al mismo. Por lo que a continuación se muestra la redacción original: *"Actor civil, es el agraviado (ofendido o perjudicado) que se constituye como parte procesal, a efectos de ejercer la acción civil y tener una participación activa –ofreciendo pruebas, interponiendo recursos, deduciendo nulidades, etc.- al interior del proceso penal, no solo en cuanto a la reparación civil que pretende, sino también colaborando con el esclarecimiento de los hechos y la participación del procesado. Con la calidad de actor civil se amplían las facultades que la ley otorga al agraviado como tal".* (Barzola, 2019, p. 124)

De otro lado, es importante dejar en claro que pese a que en la Sección II – regulación de la acción civil – el legislador únicamente hace referencia al "perjudicado" por el delito; sin embargo, por las consideraciones anteriormente indicadas, prefiero utilizar el término "agraviado" debido a que abarca tanto al perjudicado como al ofendido y en atención a que es evidente que no sólo el perjudicado está en la facultad de ejercitar la acción civil, sino que obviamente también lo puede hacer el ofendido por el delito. En ese sentido, utilizaré el término "agraviado" antes que "perjudicado". Asimismo, cuando desee abarcar tanto al agraviado como al actor civil, utilizaré el término "víctima", ya que éste último, es un término más amplio que incluye a los dos primeros.

Habiendo realizado dichas precisiones, tenemos claro – de acuerdo a dicho dispositivo normativo- que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso; sin embargo, conforme se verá más adelante, en la práctica la gran mayoría de fiscales pese a que existe un agraviado constituido en actor civil, siguen pronunciándose en cuanto al extremo de la reparación civil, incluso en desmedro de la parte agraviada.

Tal actuación negativa por parte del órgano fiscal, podría entenderse siempre y cuando estuviéramos bajo la regulación del antiguo C. de PP de 1940, pues de acuerdo al estudio realizado a las normas contenidas en dicho cuerpo normativo -al inicio del presente capítulo- podemos afirmar que el C. de PP de 1940 no cuenta con una regulación similar al estipulado en el inciso 1 del art. 11° del CPP de 2004. Por lo que en la práctica importaba poco o nada que el agraviado se constituya en parte civil, pues el Ministerio Público casi siempre terminaba pronunciándose – pese a la pretensión postulada por la parte civil- respecto de la reparación civil.

Bajo ese orden de ideas, conforme a la jurisprudencia recabada, más adelante veremos que a la gran mayoría de fiscales y jueces aún les cuesta adaptarse a la nueva perspectiva que tiene el CPP de 2004 en relación a la participación de la víctima dentro del proceso penal, especialmente en el proceso especial de terminación anticipada.

En suma, este reconocimiento literal que ha efectuado el legislador peruano a la parte agraviada una vez que se constituye en actor civil, relegando la participación del Ministerio Público respecto del objeto civil del proceso, será – en armonía con otros dispositivos normativos- uno de los fundamentos que permitirá dar respuesta a nuestra problemática principal.

5.3.- *Oportunidad para constituirse en actor civil según los pronunciamientos de la Corte Suprema: En la investigación preparatoria – Acuerdo Plenario 5-2010, en la acusación directa – Acuerdo Plenario 6-2010 y en el proceso inmediato – Acuerdo Plenario extraordinario 2-2016.*

El artículo 101° del CPP de 2004, regula específicamente la oportunidad en la que el agraviado puede constituirse en actor civil, señalando lo siguiente:

> *"La constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria."*

Conforme se puede apreciar en el presente artículo el legislador ha omitido consignar *"desde cuándo"* el agraviado podría requerir tal constitución, se señala hasta cuándo se puede presentar la solicitud de constitución en actor civil, pero no se indica desde cuándo puede hacerse ésta. Tal situación generó algunos inconvenientes, debido a que saltaba la pregunta si tal petición se podría realizar durante las diligencias preliminares (en el entendido de que forma parte de la investigación preparatoria). Considero que tal "problema" no resultaba trascendental debido a que la solicitud de constitución en actor civil debe ser dirigida -al igual que sucedía en el C. de PP de 1940- al órgano jurisdiccional, una vez que se genere un número de expediente, con un determinado juzgado y con un juez a cargo, y esta situación únicamente se verifica cuando el fiscal presenta ante la mesa de partes de la Corte Jurisdiccional, la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria de un determinado caso. Antes de ello -únicamente- se tiene investigaciones primigenias sin un expediente asignado, sin un juzgado a cargo. Ya que las medidas de incautación u otras medidas restrictivas, antes de la formalización de la investigación preparatoria, son

dictadas por el juzgado de turno y el número de expediente asignado, no es con el que se identificará dicho caso y el juzgado que lo emite no necesariamente será el juzgado a cargo que resolverá la prisión preventiva, el requerimiento de acusación y entre otras actuaciones que se discuten luegode formalizada la investigación preparatoria (Interpretación con el artículo 100°).

Sin embargo, a efectos de que quede claro desde cuándo es que se debe presentar la solicitud de constitución en actor civil, la Corte Suprema en el fundamento 16 y 17 del **Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116: Constitución del Actor Civil: Requisitos, oportunidad y forma**, señaló lo siguiente:

> 16°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101º del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares –que integra la investigación preparatoria-, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.
>
> 17º. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la

> Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3° y 336°.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

Con tal pronunciamiento, quedó claro que la oportunidad para solicitar la constitución en actor civil es desde la formalización y continuación de la investigación preparatoria hasta antes de su conclusión.

La excepción a esta regla se presenta en la *"acusación directa"*, pues en este supuesto la solicitud de constitución en actor civil ha de hacerse conjuntamente con la absolución a la acusación (entiéndase en escritos diferentes, pues se arman cuadernos independientes para cada supuesto), es decir en la etapa intermedia. Toda vez que, en tal escenario el fiscal suprime la fase de la investigación preparatoria debido a que considera que las diligencias que ha realizado a nivel preliminar, resultan suficientes como para emitir una acusación.

Así, lo ha referido la Corte Suprema en el **Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116: Acusación Directa y Proceso Inmediato**, segundo párrafo del fundamento 13°, que a la letra dice:

> En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100° NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350° NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

Otro supuesto importante se presenta en los *"Procesos Inmediatos"*; siendo que mediante el **Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116: Acusación Directa y Proceso Inmediato**, fundamento 23°, se indicó que la solicitud de constitución en actor civil habría de plantearse al inicio del Juicio Oral. Señalándose lo siguiente:

> (…) al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

Sin embargo, en el 2016 se emitió otro pronunciamiento al respecto, reconsiderando tal postura e indicando, que tal constitución debería realizarse ante el Juez de Investigación Preparatoria. Así en el fundamento 26 (párrafo final) del **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CJ-116: Legitimación y alcances,** se expresó lo siguiente:

> Para el caso del actor civil se requiere, desde luego, que el perjudicado por el delito, primero, sea informado por la Policía o la Fiscalía de la existencia del delito en su contra y comunicado del derecho que tiene para intervenir en las actuaciones -es lo que se denomina "ofrecimiento de acciones"- (artículo 95.2 NCPP); segundo, que **antes de la instalación de la audiencia única de incoación del proceso inmediato solicite, por escrito y en debida forma, su constitución en actor civil (artículo 100 NCPP)**; y, tercero, que previo traslado contradictorio el juez de la Investigación Preparatoria decida sobre su mérito, resolución que se emitirá a continuación del pronunciamiento de la medida coercitiva y antes de la decisión acerca de la constitución en tercero civil. (El resaltado es nuestro).

Siendo que con tal pronunciamiento quedó claro que en los procesos inmediatos la constitución en actor civil, debía realizarse ante el Juez de Investigación Preparatoria y no ante un Juzgado Unipersonal o Colegiado al iniciarse el Juicio Oral, conforme lo habían referido anteriormente, en el Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116.

De otro lado, suma al procedimiento de constitución en actor civil en el proceso inmediato lo sostenido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao en el Exp. N° 3522-2017, que como consecuencia de las deficiencias que se verificaban en la práctica, en cuanto a la constitución en actor civil en los procesos inmediatos, esta vez por la celeridad del mismo y por los cortos plazos en dicho proceso, dicha Sala -acorde con lo estipulado en el inciso 3 del artículo IX del Título Preliminar del CPP de 2004 en relación a que *el juez debe garantizar la participación del agraviado en el proceso penal*- emitió el siguiente pronunciamiento:

> Fundamento noveno: Por tanto, el juez de garantías debe superar cualquier obstáculo, dificultad o limitación que impidan o dificulten la intervención de las partes en el proceso, dejando de lado cualquier interpretación formalista de una norma; por lo que – en el caso específico- ante la no notificación del Requerimiento Fiscal de incoación de Proceso Inmediato, que imposibilite al agraviado tomar conocimiento de la imputación concreta contra el encausado, **nada impide que en la audiencia, solicite oralmente su constitución en actor civil, - sin la exigencia por escrito-, sobre todo al estar frente a un proceso especial** – con un plazo de 48 horas siguientes al requerimiento fiscal, para realizar la audiencia única de incoación y determinar su procedencia-, que difiere del proceso común por su naturaleza célere, y al ser distinto el trámite de constitución en actor civil. (El resaltado es nuestro)

Estos son las oportunidades en las que el agraviado ha de constituirse en actor civil a fin de activar su participación al interior del proceso penal, ya que si no lo hace únicamente contará con los derechos que la ley le otorga en calidad de agraviado y la acción civil quedará en manos del Ministerio Público.

Finalmente, como bien lo refiere el profesor San Martín (2017): "La pretensión civil, aun cuando acumulada a la penal, no está sujeta al principio acusatorio sino al dispositivo, pues la acumulación, como se anotó, no pierde su naturaleza civil y, como tal, informada por el principio dispositivo o de rogación" (p. 308).

5.4.- Requisitos para constituirse en actor civil

Los requisitos que debe reunir el agraviado para poder constituirse en actor civil lo encontramos regulado en el artículo 100° del CPP de 2004, que a la letra dice:

> 1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.
> 2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:
> a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal;
> b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder;
> c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y,
> d) La prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98[23].

[23] Como quiera que se trata de la afectación de un bien de interés particular, como toda obligación de contenido privado, el ejercicio del derecho al cumplimiento de dicha obligación, queda sujeto a la libre voluntad y discrecionalidad del titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no la reparación. De ejercitar la pretensión resarcitoria, quedará sujeto el accionante a la obligación de acreditar su legitimidad para obrar, el contenido de la pretensión (existencia del daño, su entidad y magnitud), así como a buscar la ejecución de la obligación resarcitoria una vez amparada por el Juez;

Aunado a ello debe tenerse en consideración el fundamento quince del Acuerdo Plenario 5-2011: Constitución del Actor Civil: Requisitos, oportunidad y forma**,** que a la letra señala:

> Fundamento quince: (…) Si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

En este punto, ha de resaltarse que, si bien es cierto, el referido Acuerdo Plenario señala que ha de especificarse, en la solicitud de constitución en actor civil, el *quantum* indemnizatorio, no debe perderse de vista que la pretensión en concreta ante el Órgano Jurisdiccional, es la constitución en *"actor civil"*, es decir, en *"parte procesal",* para poder ejercer las facultades que el artículo 104° y 105° del CPP de 2004 le otorga al actor civil. Y no, que se imponga -en esa etapa- una pretensión resarcitoria.

---

pudiendo también transar, desistirse de la pretensión o recurrir a cualquier forma de extinción de las obligaciones (…) En general, será titular de esta pretensión quien, conforme a la ley civil, esté legitimado para reclamar la reparación tal como lo establece el artículo 98° del referido cuerpo procesal. En este sentido, corresponde a las personas anotadas, el ejercicio de la pretensión resarcitoria en el proceso penal.

Sin embargo, de modo subsidiario, puede ejercitar la pretensión resarcitoria en el proceso penal, el representante del Ministerio Público, cuando por alguna razón no pudieses ejercitarla el agraviado o cualquiera de las personas anotadas precedentemente. No obstante, si el perjudicado se constituyera en actor civil, esto es, si llegara a ejercitar la pretensión, cesa la legitimación del Ministerio Público respecto a la pretensión resarcitoria (Gálvez & Delgado, 2013, pp. 84-85).

Se hace hincapié a ello, debido a que en la práctica se ha constatado que las frecuentes oposiciones a la constitución en actor civil, se basan en la observación que la defensa del acusado realiza al monto indemnizatorio que se consiga en el escrito de solicitud de constitución en actor civil, olvidándose que tal pretensión en dicha etapa es postulatoria – *la misma que puede modificarse en la etapa intermedia, al absolver la acusación fiscal e incluso en el mismo juicio oral-* y es únicamente para cumplir con los requisitos que exige la norma procesal y el Acuerdo Plenario. En todo caso, el estadio para cuestionar el monto resarcitorio, es en el Juicio Oral, donde a través de la actuación probatoria es que se va a dilucidar qué monto corresponde imponer a favor del actor civil. Tal discusión no se lleva a cabo ni en la investigación preparatoria ni en la etapa intermedia.

En ese sentido, las oposiciones a la solicitud de constitución en actor civil deben fundarse, básicamente, en el cuestionamiento a la legitimidad que posee o no el sujeto requirente y entre otros supuestos.

5.5.- Trámite de la constitución en actor civil, en relación con el acuerdo plenario 5-2010.

Tal regulación la encontramos en el artículo 102°, siendo que el inciso 1 señala que el Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día.

Asimismo, el inciso 2 refiere que únicamente se llevará a cabo una audiencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 8°, siempre y cuando exista oposición al respecto. Conforme lo referido en el punto anterior, resulta inoficioso instalar una audiencia de oposición a la constitución en actor civil, a la observación – por parte de la defensa del acusado- al monto de reparación civil, peticionado por el agraviado. No existiendo, oposición en cuanto a los requisitos exigidos por el artículo en mención, el juzgado deberá resolver por Despacho, la solicitud de constitución en actor civil.

Contra la resolución que se pronuncia sobre la constitución en actor civil procede recurso de apelación, de conformidad con el artículo 103° del CPP.

Una vez que el agraviado se constituya en actor civil en la vía penal no podrá hacerlo en la vía civil, salvo que desista de su constitución hasta antes de la acusación fiscal (etapa intermedia) – artículo 106° del CPP de 2004.

5.6.- Derechos y facultades del actor civil.

Una vez que el agraviado se haya constituido en actor civil (en la oportunidad, forma y cumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 100° del CPP de 2004), este sujeto procesal pasa a adquirir la calidad de parte procesal y sus facultades se ven ampliadas conforme lo estipula el artículo 104° y 105° del Código adjetivo, sin perjuicio de los derechos que se le reconoce al agraviado, que son los siguientes:

- Deducir nulidad de actuados;
- Ofrecer medios de investigación y de prueba;
- Participar en los actos de investigación y de prueba;
- Intervenir en el juicio oral;
- Interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé;
- Intervenir –cuando corresponda- en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos;
- Formular solicitudes en salvaguarda de su derecho;
- Colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe; y,
- Acreditar la reparación civil, que pretende.

Pero, así como se le reconoce los derechos mencionados, también se le exige algunas facultades adicionales en procura de un debido esclarecimiento de los hechos imputados, si fuera el caso, pues la actividad del actor civil comprenderá también la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o participe, así como acreditar la reparación civil que pretende. No le está permitido pedir sanción.

Considero que conforme se avanza en la correcta interpretación de lasnormas procesales, y porque es necesario, la víctima se va a ir empoderandoen el proceso penal (Rosas, 2014, p. 249-253). El artículo 104° y 105° del CPP de 2004 plasma los derechos que tiene el actor civil de manera genérica,

pero de una revisión del Código adjetivo podemos verificar de manera concreta, que esta parte procesal, tiene facultades para:

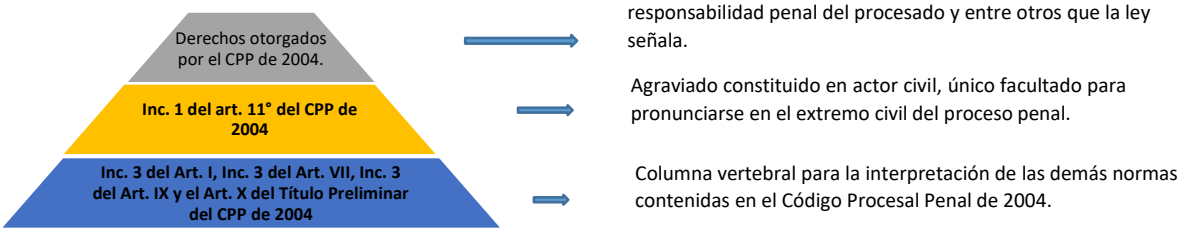
- Transar respecto a la reparación civil, (art. 14°);
- Requerir nulidad de transferencia o gravámenes recaídos sobre los bienes sujetos a decomiso, o aquellos que podrían responder a la reparación civil, o que hubieran sido transferidos o gravados fraudulentamente (inc. 1 del art. 15°);
- Solicitar la declinatoria y transferencia de competencia (art. 34° y 39°);
- Instar la incorporación del tercero civil responsable (art. 111°);
- Solicitar se dicten medidas de coerción real (artículos 255°, 302°, 310°, 311°, 312°, 312°-A, 314°);
- Oponerse al sobreseimiento (art. 345°);
- Ante el traslado del dictamen acusatorio puede:
  - ✓ Observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección y su devolución de la acusación fiscal a efectos de que subsane los errores advertidos, en caso lo considere;
  - ✓ Solicitar la imposición de las medidas de coerción real antes señaladas;
  - ✓ Ofrecer medios probatorios para su actuación en el juicio oral;
  - ✓ Objetar la reparación civil (art. 350°);
- En el desarrollo del juicio oral podrá:
  - ✓ Solicitar se declare la contumacia o ausencia del acusado y consecuentemente se archive provisionalmente el caso respecto de aquel (art. 79°)*;*
  - ✓ Arribar a un acuerdo en el extremo de la reparación civil con el acusado y su defensa técnica, en el marco de la conclusión anticipada del juicio (art. 372°);
  - ✓ Ofrecer nueva prueba (art. 373, inc. 1);
  - ✓ Solicitar el reexamen de los medios probatorios que no fueron admitidos en la etapa intermedia (art. 373°, inc.2);
  - ✓ Interrogar al acusado, a los testigos y peritos;
  - ✓ Oralizar la prueba documental que haya ofrecido (art. 384°);
  - ✓ Ofrecer prueba de oficio;

- ✓ Promover incidentes que se deduzcan del desarrollo del juicio oral, etc. (art. 371° y ss.),

- y entre otras actuaciones que se desprenden de los artículos 104° y 105° del CPP de 2004, así como las que en su calidad de agraviado ya posee.

Conforme se aprecia del presente apartado se puede constatar que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, a esta parte procesal se le abre un abanico de facultades a fin de poder participar de manera activa en el proceso penal, impulsando, promoviendo distintos actos de investigación no sólo – reitero- en cuanto al objeto civil del proceso sino también en función a demostrar – conjuntamente con el Ministerio Público- la responsabilidad del procesado y cuál fue su participación en el evento delictivo. Pues recordemos que a la víctima no sólo le interesa demostrar que existe un daño como consecuencia de un evento delictivo en su contra, sino – primordialmente- también la responsabilidad penal del imputado. En ese sentido, si el agraviado desea actuar de una manera más intensa en el proceso penal ha de constituirse en actor civil, en la oportunidad y forma que la ley señala.

Finalmente, no perdamos de vista cuáles son los derechos que se le reconoce al agraviado una vez que se constituye en actor civil, así como los reconocidos en el Título Preliminar del CPP de 2004 ya que sobre la base de ellos – y de la mano, fundamentalmente del inciso 1 del artículo 11 del CPP de 2004- construiremos una postura que ampare su participación al interior del proceso especial de terminación anticipada, especialmente – y de acuerdo al problema principal de la presente tesis- en relación al objeto civil del proceso. Por lo que a continuación muestro un pequeño gráfico de la construcción que vengo desarrollando en relación a los derechos reconocidos a la víctima desde el Título Preliminar del CPP de 2004 y demás derechos que se le atribuye al agraviado cuando se constituye en actor civil.



7. Breves referencias a la participación del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada.

Hasta este momento ya se tiene en claro cuáles son los derechos con los que cuenta el agraviado y el actor civil dentro del proceso penal. Pues, como se ha podido apreciar en los sub capítulos anteriores, sus derechos en el CPP de 2004 se inician en el Título Preliminar, los mismos que tienen rango constitucional, pasando por el amparo de diversas normas procesales que le permiten – principalmente al actor civil – contar con una participación activa dentro del proceso penal. Sin embargo, *¿Qué sucede cuando el proceso penal concluye mediante una terminación anticipada del proceso?, ¿Cuál es la participación del actor civil dentro de este proceso especial?* Pues bien, sin apresurarnos a dar respuesta a dichas interrogantes, veamos cómo se encuentra regulada la participación del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada.

La terminación anticipada actualmente se encuentra regulada en el Libro V, correspondiente a los Procesos Especiales, Sección V, desde el artículo 468° hasta el artículo 471° del CPP de 2004. Siendo que en el artículo 468° se estipula el procedimiento a seguir en este tipo de procesos y es en dicho articulado donde vamos a poder apreciar las facultades que le han sido asignadas al agraviado y/o al actor civil dentro de la terminación anticipada. Así, dicho dispositivo normativo a la letra señala:

> **Artículo 468 Normas de aplicación. -** Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:
>
> **1.** A iniciativa del **Fiscal o del imputado**, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no

impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte.

2. El **Fiscal y el imputado** podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales. En todo caso, la continuidad del trámite requiere necesariamente la no oposición inicial del **imputado o del Fiscal** según el caso

3. **El requerimiento fiscal o la solicitud del imputado** *será puesta en conocimiento de todas las partes* por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, *formular sus pretensiones.*

4. La audiencia de terminación anticipada se instalará con la **asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor**. *Es facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales*. Acto seguido, el Fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la Investigación Preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad. *A continuación, el imputado se pronunciará al respecto, así como los demás sujetos procesales asistentes*. *El Juez instará a las partes*, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, pudiendo suspender la audiencia porbreve término, pero deberá continuar el mismo día. No

está permitida la actuación de pruebas en la audiencia de terminación anticipada.

5. Si el **Fiscal y el imputado** *llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer*, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva. El Juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia.

6. Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutiva que ha habido acuerdo. Rige lo dispuesto en el artículo 398.

7. *La sentencia aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales*. Los demás sujetos procesales, según su ámbito de intervención procesal, pueden cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil. En este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil.

De acuerdo a la lectura literal de los siete incisos pertenecientes al artículo 468°, se puede apreciar que el legislador peruano ha obviado consignar taxativamente la participación del agraviado y/o actor civil en el proceso especial de terminación anticipada. Existen ciertas referencias, cuando se utiliza las frases *"las partes"* o *"los demás sujetos procesales"*, frases que nos dan a entender que su exclusión no es ciertamente total. Pero lo cierto es que

dicha redacción ha traído diversos inconvenientes en la práctica judicial. Y en atención a la literalidad de la norma se ha llegado a desplazar la participación del actor civil en los procesos especiales de terminación anticipada, siendo reemplazados por el Ministerio Público, quien en primera instancia es titular ya no solo de la acción penal sino también – "en la terminación anticipada"- de la acción civil, incluso cuando exista un agraviado constituido en actor civil.

Ya recién, conforme se verifica del inciso 7 del artículo 468°, en segunda instancia el actor civil recupera la titularidad de la acción civil, siempre y cuando haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia anticipada en el extremo civil. Sino el proceso concluye con la titularidad de la acción penal y civil en manos del Ministerio Público.

Un análisis más minucioso respecto a que si dicha omisión del legislador de consignar literalmente la participación del del actor civil dentro del proceso especial de terminación anticipada, encuentra o no justificación en nuestro ordenamiento jurídico, lo realizaré en un capítulo aparte. Pero previo a dicho análisis, resulta imprescindible conocer un poco de cuál es el tratamiento de la terminación anticipada en el derecho comparado, para ello voy a recurrir a su fuente original, su fuente mediata y su fuente inmediata; esto es, el *"plea bargaining"* estadounidense, *"el patteggiamento"* italiano y *"la terminación anticipada"* colombiana, respectivamente.

Siendo ello así, en los Capítulos IV, V y VI, voy a desarrollar dichas instituciones procesales extranjeras; así como la participación de la víctima, no solo dentro de estos procesos especiales, sino dentro de su proceso común a fin de poder entender mejor nuestra terminación anticipada peruana, así como si la participación o exclusión de la víctima en estos procesos especiales se encuentran o no justificados, conforme a la estructura de su sistema procesal.

8. Conclusiones:

- Los parámetros para la redacción de normas ordinarias las fija la Constitución vigente. Asimismo, si el proceso penal recibe notas

esenciales de la Constitución, se debe al tipo de Estado que el Perú posee; esto es, un Estado Republicano, democrático y de derecho, pues el tipo de proceso con el que cuenta un país refleja el grado de desarrollo de su democracia.

- En el Título Preliminar del C. de PP de 1940, no se reconoce ninguna garantía a la víctima a fin de que pueda participar activamente en el proceso penal y ello se explica porque su elaboración se llevó a cabo bajo los parámetros de la Constitución de 1933, la misma que no reconocía garantías en la administración de justicia al interior de un proceso. Tal situación, va de la mano con el tipo de modelo procesal penal vigente, pues en ese entonces y hasta la fecha (en ciertos distritos judiciales) rige el modelo mixto.

- Las garantías en la administración de justicia, como el derecho a la defensa, motivación escrita de las resoluciones, derecho a la instancia plural, entre otros, son reconocidos por primera vez en la Constitución de 1979.

- Es recién en la Constitución de 1993, donde se consolida de manera amplia el reconocimiento de los principios y garantías en la administración de justicia, lo cual incidió en la redacción del CPP de 2004 y especialmente de su título preliminar, donde se aprecia normas de carácter constitucional. Por lo que, a la fecha, podemos hablar- en cierto modo- de un Código procesal penal constitucionalizado.

- El C. de PP de 1940, no cuenta con un título o una sección que regule –específicamente- el tratamiento del agraviado; los derechos o facultades que este sujeto procesal tiene, se encuentran dispersos en el Código adjetivo. A diferencia del CPP de 2004, que sí le asigna a este sujeto procesal un apartado para su regulación; esto es, el capítulo I, Título IV.

- El antiguo Código de Procedimientos Penales no brinda una definición de agraviado, su definición se desprende de los artículos que lo regulan, especialmente del artículo 54°. Situación que sí sucede en el CPP de 2004, pues encontramos la definición de agraviado en el artículo 94°.

- La parte civil en el C. de PP de 1940, al igual que el actor civil en el CPP de 2004, no solo cuenta con facultades para pronunciarse respecto del extremo civil del proceso; sino, también a fin de coadyuvar al esclarecimiento de los hechos, demostrar la autoría o participación del inculpado, así como su responsabilidad penal. Es decir, resulta sumamente arcaico la afirmación de que la parte o actor civil sólo puede pronunciarse respecto al objeto civil del proceso.

- Los derechos de la parte civil, son muy similares a las del actor civil. Sin embargo, en la práctica estos derechos no se ven materializados, pues la mayoría de nuestros jueces a nivel nacional no permiten que la parte agraviada, como tal, o constituida en parte civil, tenga una participación activa en el proceso penal y ello se debe a la costumbre de nuestros magistrados de interpretar de manera aislada la norma procesal, dejando de lado las garantías en la administración de justicia que la Constitución reconoce. Tal desplazamiento de este sujeto procesal era entendible al amparo de la Constitución de 1933, Carta Magna que se encontraba vigente al momento de la creación y dación del Código Adjetivo de 1940 e incluso con la vigencia de la Constitución de 1979, pero no siendo así con la vigencia de nuestra actual Constitución Política.

- Desde la vigencia del C. de PP de 1940 hasta la promulgación del CPP de 2004 se ha observado un gran avance en el desarrollo de las normas procesales, en relación a la participación de la víctima en el proceso penal. Este reconocimiento activo a dicho sujeto procesal no sólo se ha dado a nivel legislativo sino también a nivel doctrinario ("*corriente de redescubrimiento de la víctima*") y – fundamentalmente- a nivel jurisprudencial. Así, la Corte Suprema cada vez incide más en la importancia de garantizar la tutela jurisdiccional de la víctima, a través de su activa participación en el proceso penal. Ello se ha visto plasmado en el Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal.

- El Título Preliminar del CPP de 2004 resguarda la participación del actor civil dentro del proceso penal, lo que en buena cuenta vendría a ser un amparo constitucional, ya que muchas de dichas normas son de rango constitucional. Asimismo, dicha intervención activa se sustenta en el reconocimiento expreso que el legislador ha realizado a esta parte procesal en diversas normas al interior de nuestro Código adjetivo. Sin embargo, cuando llegamos al proceso especial de terminación anticipada, todos los derechos reconocidos al actor civil se disipan y volvemos a la época cuando el Estado expropió los derechos de la víctima y lo convirtió en un convidado de piedra.

CAPÍTULO IV.- LA INFLUENCIA DEL MODELO NORTEAMERICANO DEL *PLEA BARGAINING*: LA NULA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA TERMINACIÓN ANTICIPADA PERUANA.

1. Panorama general. - .

Al estudiar una figura procesal como la terminación anticipada, que no es originaria de nuestro ordenamiento jurídico; sino, que ha sido importada de un sistema procesal extranjero, resulta imprescindible investigar y estudiar dicha fuente original que lo vio nacer y desarrollarse; así como analizar el contexto en el que surgió y cuál o cuáles fueron los motivos que impulsaron su regulación e implementación en dicho país extranjero, pues éstos datos nos permitirán entender de manera más clara la naturaleza jurídica de ésta institución.

Es así como arribo al ordenamiento jurídico norteamericano y al *"plea bargaining"*, pues como bien sabemos la terminación anticipada tiene como fuente originaria el "*plea bargaining"* estadounidense, como fuente mediata *"el pattegiamento"* en Italia y como fuente inmediata *"la terminación anticipada"* en Colombia. Por lo que en el presente apartado voy a estudiar la fuente original de la terminación anticipada; esto es, el *plea bargaining* norteamericano. Asimismo, me detendré a realizar un breve análisis de la participación de la víctima en dicha figura procesal, a fin de determinar si la exclusión de su intervención en la terminación anticipada peruana, encuentra su justificación o no en su fuente original.

En ese marco, comenzaré realizando breves referencias del ordenamiento jurídico estadounidense. Toda vez que este ordenamiento fue testigo de la forma más incipiente del *plea of guilty* (declaración de culpabilidad sin negociación), hasta su forma más desarrollada (*plea bargaining – acuerdo negociado*). Y fue gracias a esta figura procesal, que la justicia penal americana se hizo más rápida y eficaz, en comparación con otros ordenamientos jurídicos, donde todos los casos concluían solo a través del juicio oral, lo cual traía consigo una lenta e ineficaz administración de justicia.

Esta situación atrajo la mirada de distintos países, quienes pretendieron introducir y adaptar la figura del *"plea bargaining"* a su ordenamiento jurídico. Pero intentar adecuar ésta institución a su espacio jurídico, sin antes pensar en cambiar de modelo procesal, resultaba prácticamente imposible, lo que trajo consigo recapacitar en un cambio de modelo procesal; pues, el modelo acusatorio-adversarial con el que contaba y cuenta EE.UU, facilitó en gran medida la aplicación del *"plea bargaining"* a su realidad social. En esa línea de ideas, resulta trascendente el estudio del *"plea bargaining"* estadounidense a fin de comprender la terminación anticipada en el Perú.

Antes de ahondar propiamente en la institución del "*plea bargaining",* es importante analizar brevemente la estructura del sistema jurídico penal norteamericano, ya que como sabemos el país de América del Norte, está compuesto por 52 estados y un distrito federal, cada uno de estos Estados cuenta con independencia ejecutiva, legislativa y judicial (Tal independencia encuentra su fundamento en la teoría de la doble soberanía - *"doublé sovereignty"-)*. Por lo que, al momento de estudiar el proceso penal norteamericano, desde el principio, debemos de advertir de que no existe un único sistema procesal penal. Así, cada Estado federado tiene su propio Derecho penal y sus propias reglas procesales penales. (Butrón, 1988 y Satzger 2015).

Y debido a la diversidad legal que existe, no se puede hablar de un conjunto "regular" de trámites procesales que se apliquen a todos los casos en todas las jurisdicciones. Únicamente se describe las fases típicas en casos típicos y en una jurisdicción típica (Jerold, Kamisar, LaFave y King, 2012). Por lo que bajo el mismo esquema que en el Capítulo III, comenzaré a estudiar el ordenamiento jurídico estadounidense, primero conociendo sus antecedentes a nivel legislativo, esto es, su separación del *common law* británico, hasta llegar al sistema de codificación.

Luego haré una breve referencia a las fuentes del ordenamiento jurídico norteamericano; para posteriormente entrar a estudiar el modelo procesal con el que cuenta este país, lo que en gran medida abonó al mejor desarrollo del "*plea bargaining",* ya que como veremos más adelante el 95% de casos

concluyen a través de un acuerdo negociado y sólo el 5% van a juicio oral. Asimismo, examinaré las fases del proceso penal estadounidense, lo cual me permitirá entender -*al hacer un símil con el proceso penal peruano*- en qué etapa se lleva a cabo el "*plea bargaining"*, quiénes participan del acuerdo negociado y ante qué órgano jurisdiccional se realiza la solicitud de declaración de culpabilidad.

Habiendo entendido la forma cómo se lleva a cabo una investigación penal y el procedimiento penal americano, entraré a desarrollar la institución propiamente dicha del *"plea bargaining"*, cuál es su significado, su origen, cuándo, dónde y porqué surgió esta institución.

En ese orden de ideas, de manera sintética desarrollaré los tipos de *pleas*, las modalidades, la participación de cada sujeto procesal que interviene en el acuerdo negociado, cuáles son los acuerdos a los que pueden arribar y en especial las facultades del fiscal americano, las que a diferencia del peruano son sumamente amplias.

De otro lado, incidiré en la participación de la víctima en el *"plea bargaining",* la que por cierto es totalmente nula; pues, la misma no cuenta con una regulación normativa que ampare su participación ante una declaración de culpabilidad. Y veremos que tal exclusión, encuentra su fundamento en el tipo de proceso con el que cuenta EE. UU, donde el objeto civil del proceso no se discute al interior del proceso penal; situación totalmente distinta a la nuestra, pues en nuestro sistema penal, por una cuestión de economía procesal, al interior del proceso penal se plantea dos tipos de pretensiones, una penal y otra civil.

Previo a concluir el estudio del "*plea bargaining"* estadounidense, haré una sucinta referencia a diversos pronunciamientos del Supremo Tribunal americano, respecto a la figura en estudio. Así también, pasaré a realizar una comparación del *"plea bargaining"* con la terminación anticipada en el Perú, donde pondré en evidencia que existen más diferencias que semejanzas y que ello se debe a que nuestra figura de la terminación anticipada no la extrajimos directamente de su fuente original: "Estados Unidos – *plea bargaining*". Asimismo, constataremos que el modelo procesal con el que

cuenta cada país influye en gran medida en la aplicación de este tipo de figuras procesales, pues su aplicación y la participación de cada uno de los sujetos procesales involucrados va de la mano con el tipo de proceso con el que cuenta cada ordenamiento jurídico.

Así, durante el desarrollo de estos ítems haré breves comparaciones con las regulaciones e instituciones procesales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico peruano a fin de familiarizarnos dentro de un escenario similar al existente en el país norteamericano.

2. Sistema jurídico penal norteamericano.

2.1. Antecedentes. –

El sistema jurídico de los Estados Unidos de América es, en gran medida, una de las herencias más notables dejadas por Gran Bretaña, pues era justamente el *common law* inglés el que regía en los Estados Americanos cuando eran colonias, con el complemento conformado por los *statues* (Márquez, 1994, p. 12).

Posteriormente, como la realidad americana distaba de las regulaciones del *common law británico* se originó una ruptura irreconciliable entre ambas situaciones. Además, dicha separación provocó una búsqueda de identidad jurídica propia y se dio una confrontación entre el sistema de codificación y el del *common law,* disputa que perduró hasta inicios del siglo XIX. La independencia norteamericana, trajo consigo el triunfo del derecho común (Reyna, 2009).

Al respecto, Dale Beck (1980) señala que, resulta erróneo concebir al Derecho norteamericano como un derecho consuetudinario, sustentado en la doctrina del precedente y en el principio *stare decisis*. Asimismo, manifiesta que ésta es una etapa del desarrollo histórico que ha quedado atrás, para favorecer a la legislación.

En esa línea de ideas, el profesor Reyna (2009), refiere: *"Hoy* en día- y cada vez más- se observa que las normas escritas (por ejemplo, las antes citadas Reglas Federales del Procedimiento Criminal o las Reglas Federales de la

evidencia) adquieren fuerza vinculante cada vez mayor, al punto que se sostenga incluso su mayor valor respecto a la doctrina jurisprudencial" (p. 99).

En suma, se puede concluir que actualmente EE.UU. se rige por el derecho positivo antes que por el consuetudinario. "Actualmente en los Estados Unidos, los casos se deciden por normas concretas y escritas. Se tiene que tratar el sistema estadounidense en su actualidad, como un sistema de Derecho positivo, de normas concretas y escritas. En efecto, hoy en día la gran mayoría de las sentencias estadounidenses se fundan y se motivan en disposiciones legislativas. Nos rige un Derecho de normas concretas. Rarísima vez se encuentra una sentencia fundada en jurisprudencia de *Common Law*, en su sentido puro de precedentes judiciales, sin basarse en la aplicación de una norma legislativa. El poder que define las políticas legalesdel país hoy y para el futuro será el poder legislativo, a través de sus leyes positivas" (Daley, 1980, p. 78).

2.2. Fuentes del derecho norteamericano – normas que regulan el plea bargaining.

Se tienen como principales fuentes: ***i)*** *La Constitución Federal,* columna vertebral de su sistema jurídico; y, en segundo orden ***ii)*** *El Derecho Consuetudinario*, su más importante fuente normativa, conformado por los precedentes judiciales o precedentes *stare decisis,* en donde los jueces hacen el derecho (judge made law) (Reyna, 2009).

Y en cuanto a la normatividad que regula el *plea bargaining*, Salinas (2011), expone lo siguiente: "Las fuentes más importantes, en las que se regula la estructura y dinámica del *plea bargaining*, en el sistema federal son: el *Código de los Estados Unidos (U.S.Code), el Reglamento Federal de Procedimiento Penal (Federal Rules of Criminal Procedure) y la Guía Federal para Sentenciar (Federal Sentencing Guidelines)*" (p. 35).

2.3. Modelo procesal.

"De modo general puede sostenerse que el proceso penal norteamericano es de corte adversativo y acusatorio. El procedimiento adversativo se

caracteriza porque en aquél son las partes las que, enfrentadas, se ven precisadas a acreditar sus aseveraciones; asimismo, es acusatorio porque la responsabilidad de acreditar la responsabilidad jurídico penal de una persona corresponde al Ministerio Público" (Reyna, 2009, pp. 98-99).

Para Pérez (2001), las características que distinguen al proceso penal estadounidense como acusatorio y adversarial, son:

> Como acusatorio: *i)* El principio de la presunción de inocencia, la misma que es una garantía del acusado, mediante el cual exigirá al fiscal que demuestre su responsabilidad más allá de toda duda razonable; *ii)* El papel neutral que desempeña el juez, debido a que éste no realiza ninguna actividad investigadora en relación con los hechos criminales y durante el juicio oral se comporta como un árbitro; y, *iii)* La existencia de un jurado, al que se le considera como la piedra angular en que descansa el sistema acusatorio en Norteamérica.
>
> Y en cuanto a los rasgos distintivos que lo caracterizan como adversarial, se tiene: *i)* Son las partes quienes han de realizar las investigaciones que les permitan descubrir los medios de prueba que pretendan introducir en el juicio oral para que sea un tercero imparcial, el Juez o Jurado, quien decida; *ii)* El procedimiento se realiza de forma concentrada; *iii)* Las partes tiene igualdad de oportunidades; *y, iv)* Los actos procesales se desarrollan en audiencia pública y con la presencia de las partes. Todo lo señalado se encuentra íntimamente relacionado con los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad procesal (Pérez, 2001).

En atención a lo señalado considero que el proceso penal norteamericano es de corte acusatorio-adversarial, tal afirmación encuentra su sustento en las características antes señaladas, características generales que nos informan cuándo nos encontramos frente a un modelo acusatorio o ante uno

adversarial; y, conforme veremos más adelante, éstos rasgos acusatorio-adversariales típicos de un modelo procesal estadounidense, se van a ir manifestando desde la investigación hasta la culminación del juicio oral, así como en la actividad desplegada por cada una de las partes al interior del proceso penal. Es importante resaltar que dicho modelo procesal favoreció en gran medida a la aplicación y al desarrollo pleno del *plea of guilty.*

2.4. División de delitos. -

Las conductas criminales que son castigadas con encarcelamiento o muerte son de dos clases. Las faltas o delitos menores (*misdemeanors*) que generalmente acarrean una pena no mayor de seis meses en una cárcel de condado (…). Los delitos más graves (*felonies*), salvo provisión especial, acarrean una pena de al menos dieciséis meses en una prisión estadal o la muerte. Los procedimientos para los delitos menores difieren en cierta medida de los procedimientos para los delitos graves (Méndez, 2007, pp. 141-142).

Normalmente, la acusación para los delitos menores la emite el fiscal y para los delitos mayores la emite el Gran Jurado. Debemos de tener en cuenta que para aplicar el *"plea bargaining",* la ley no distingue entre los delitos menores o los delitos más graves. En buena cuenta su aplicación procede para ambos tipos de delitos.

Es importante resaltar que, en nuestro ordenamiento jurídico el CPP de 2004 peruano, tampoco excluye la aplicación de la terminación anticipada a los delitos graves (Criminalidad organizada, Trata de personas, Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos, Corrupción de funcionarios, etc.). Dicha institución procesal, procede tanto para delitos menores como para delitos graves. Es decir, es aplicable a todo tipo de delitos, la diferencia sustancial radica en que de conformidad con el art. 471° del Código adjetivo, no procede la reducción del 1/6 de la pena cuando al imputado se le atribuye la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella. Asimismo, tampoco procede dicha reducción de la pena en los delitos de feminicidio, violación de la libertad personal, violación de la libertad sexual y respecto del delito de proxenetismo.

En suma, en atención a lo señalado se puede concluir que cualquier tipo de delito puede someterse a la aplicación de la terminación anticipada del proceso, pero a todos los delitos no le corresponde la reducción del sexto de la pena.

2.5. Etapas del proceso penal norteamericano.

El breve desarrollo de este apartado nos permitirá conocer en qué etapa se lleva a cabo el *plea bargaining* dentro del proceso penal estadounidense, así como ante qué órgano jurisdiccional se incoa tal requerimiento. Por lo que luego de haber revisado a los autores como Barona (1994), Butrón (1998), Pérez (2001), Méndez (2007) y Jerold et al. (2012), se puede sostener que el procedimiento penal norteamericano se lleva a cabo de la siguiente manera:

*Fase 1: La investigación previa a la detención***.** Se circunscribe al ámbito de las medidas coercitivas y de averiguación del delito. Hay una investigación previa a la detención, la realiza la policía o también puede realizarla la fiscalía. Hay tres tipos de investigaciones:

a) reactivas, realizada generalmente por los departamentos de la policía local. Se realiza debido a una denuncia, mayormente realizada por la víctima o un testigo, ya sea por llamada al 911 o patrullaje de barrio. Tiene como finalidad determinar si el crimen se realizó, quién lo realizó, recabar información fiable a fin de poder detener a una persona ("causa probable") y localizar al presunto autor para poder ser detenido. No todos los casos requieren de una investigación previa a la detención, pues hay casos en los que la policía presencia la comisión del crimen y detiene inmediatamente, lo que se llama "delito conocido".

*b) proactivas***,** son investigaciones que se realizan para descubrir actividades criminales que no son conocidas específicamente por la policía. Las actividades criminales no se encuentran a la vista pública, por lo que se posiciona a la policía a fin de que pueda interceptar el crimen cuando se intente cometer. Buscan anticipar una futura criminalidad. Se recaba

información que le permita a la policía saber cuándo, cómo y dónde se va a cometer el delito.

*c) investigaciones de los fiscales***,** cierta clase de delitos son investigados a través del Gran Jurado, quien ciertamente realiza la investigación a través de su consejero legal, *"el fiscal"*. Estas investigaciones se realizan a través de una citación judicial, que permite conminar a los testigos, quienes no quieren cooperar con la policía, ya sea mediante su declaración, con la entrega de documentos relevantes para la investigación, entre otros.

Fase 2: La detención. Se lleva a cabo luego de que la policía ha obtenido suficiente información que vincule al sospechoso con la comisión de un delito. La detención se realiza con la finalidad de privar al sospechoso de su libertad para posteriormente acusarlo de un delito. La detención fija tres situaciones claras en el proceso: a) marca la primera fase del trámite de la acusación, b) asegura la presencia de la persona en cualquier juicio venidero; y, c) juega un papel importante en la continuación de la investigación del delito.

Asimismo, la detención permite lo siguiente: i) el cacheo de la persona detenida, lo cual se puede extender al registro coetáneo con la finalidad de revelar pruebas incriminadoras, ii) el fichaje, que consiste en la consignación de los datos del detenido en el diario policial y la toma fotográfica. Luego de ello se coloca al detenido en una celda para su posterior presentación en la primera comparecencia, previo a ello tendrá derecho a una llamada telefónica.

La detención puede realizarse con o sin autorización judicial (detención *in situ – "delito conocido"*), la gran mayoría de casos se realiza en este último supuesto, teniendo que demostrar, posteriormente, la causa probable.

*Fase 3: La investigación tras la detención***.** Esta investigación permite ampliar la causa probable ya identificada en la fase 1. En esta fase se utiliza al detenido como fuente de prueba, debido a que con su presencia se podrá realizar actos de investigación determinantes como la *"identificación en rueda"* (por parte de testigos oculares), *"careo"* (enfrentamiento entre el testigo y el detenido), *"identificación fotográfica en rueda"* (se le muestra al

testigo ocular la fotografía del detenido junto a otras fotografías), se obtiene muestras identificadoras como *muestras capilares, de escritura,* se podrá realizar el *"interrogatorio del detenido"* (previo a ello debe ser instruido sobre sus derechos, incluyendo su derecho a no responder y entre otros).

Fase 4: La decisión de acusar. La decisión inicial de acusar nace con la detención sin orden judicial (detención por "*delito conocido*"), lo cual irá acompañado de pruebas que permitan una causa probable; esta situación puede variar respecto de delitos más graves y graves de bajo perfil que pueden ser tratados mediante un acuerdo en sede policial (reconciliación con la víctima que es miembro de la familia o la predisposición del detenido de convertirse en delator, etc.). Luego de que el investigado es detenido, el fiscal tiene un plazo entre 24 y 48 horas para decidir si acusa o no, tiempo en que deberá llevar al detenido ante el juez penal unipersonal.

Quien decide finalmente si acusa o no es la fiscalía y no la policía, ésta última, únicamente, realiza recomendaciones (aunque en algunos estados la decisión la puede tener la policía). El fiscal luego de los actos de investigación se encontrará en distintos escenarios si en caso ya no decide continuar con la imputación en contra del detenido: i) No presentar acusación y dejar en libertad al detenido, situación en la cual no interviene el poder judicial, ii) Si en caso ha presentado el escrito de imputación, pero sin haber expuesto el caso ante el Juez Unipersonal o el Gran Jurado en la *audiencia preliminar*, en dicho escenario, si el fiscal desea retirar la acusación deberá presentar una moción ante el Juez Unipersonal o el Gran Jurado, solicitando suprima el escrito de imputación o si está ante el control del Gran Jurado solicitará que vote en contra de la acusación, iii) Después de presentarse la acusación por el Gran Jurado o por el Fiscal, si el fiscal ya no desea acusar, deberá requerir una moción de *nolle prosequi* que tiene que ser aprobada por el tribunal competente para el juicio. Son las distintas formas de finalizar el caso por delitos más graves y graves.

Fase 5: La presentación del escrito de imputación (acusación). En esta etapa se lleva a cabo la presentación de la acusación ante el juzgado penal unipersonal, la misma que tiene que producirse antes de la fecha de la

primera comparecencia del detenido. Con la presentación del escrito de imputación, el detenido se convierte oficialmente en "acusado" en el proceso penal.

Resulta importante resaltar que hay dos formas de iniciar formalmente la acción penal: **a) *indictament***, la acusación es emitida por el Gran Jurado y es para los delitos más graves (*felony*); y, **b) *information,*** es una resolución de competencia emitida por el fiscal (*prosecutor*), para las infracciones menores (*misdemeanour*).

Fase 6: El control por el juez penal unipersonal de la detención. Aquí se lleva a cabo el *"control Gerstein"* por parte del juez penal unipersonal, quien deberá determinar si existe o no causa probable para llevar el caso a juicio, si el Juez considera que no ha sido establecida, ordenará al fiscal que obtenga con rapidez más datos o que ponga en libertad a la persona detenida.

Fase 7: La primera comparecencia – first appearance. Esta audiencia, constituye el inicio formal del proceso. También conocido en otros estados, como *"acusación preliminar", "presentación inicial", "declaración sobre el escrito de acusación"*.

Se pone al detenido ante el Juez Penal Unipersonal en el plazo de entre 24 y 48 horas; si no hay detención, la primera comparecencia del acusado se lleva a cabo en una semana o más.

En esta fase el juez informará al acusado sobre la acusación contenida en el escrito de imputación, sobre cuáles son sus derechos, y sobre la naturaleza de los trámites a seguir en adelante. Luego de ello el juez fijará fecha para la audiencia preliminar, salvo que el acusado renuncie a su derecho a dicha audiencia.

Si el acusado no cuenta con un abogado particular el juez le nombrará uno de oficio. Una de las funciones más relevantes del juez en esta etapa es fijar los términos bajo los cuales el acusado puede salir en libertad mientras espera un acuerdo sobre la acusación en su contra (evaluación de la *"fianza o la caución"*).

Fase 8: La audiencia preliminar (preliminary hearing). También denominada "reconocimiento" preliminar; el trámite para la realización de esta audiencia varía de una jurisdicción a otra. En algunas jurisdicciones, si los acusados deciden declararse culpables, renuncian a esta audiencia y pasan directamente al tribunal que realizará el juicio.

Aquí se realiza un control de la decisión de acusar, que se encuentra a cargo del juez penal unipersonal, quien determinará si sobre las pruebas presentadas, hay pruebas suficientes para continuar con el caso. Generalmente, el juez penal en la etapa del control del escrito de imputación ya habrá determinado la causa probable; aquí se fija la revisión de un procedimiento adversarial en el que tanto la acusación y la defensa van a poder actuar. Tanto la fiscalía como la defensa tienen derecho a presentar sus testigos.

Luego de que el juez penal unipersonal determine que hay pruebas suficientes para continuar, asignará el caso al Gran Jurado o directamente al órgano jurisdiccional competente para conocer el juicio.

Fase 9: Control por el Gran Jurado (Grand jury). Sólo son procedentes en los Estados que exigen que las acusaciones por *felonies* sean realizadas a través del *indictament,* es decir a través de la acusación realizada por el Gran Jurado. Lo que decida el juez penal en la audiencia preliminar no es vinculante para la decisión del Gran Jurado.

El Gran Jurado está conformado por un grupo entre 16 y 23 ciudadanos escogidos aleatoriamente de los registros de votación, son elegidos al azar, por regla general del mismo cuerpo de futuros jurados que el jurado del juicio. La principal función del Gran Jurado es la misma que la del Juez Penal Unipersonal, en la etapa de audiencia preliminar, esto es, determinar si hay o no causa probable para llevar el caso a juicio. Sin embargo, su actuación es diferente, pues sesionan a puerta cerrada, escuchan solo las pruebas de la fiscalía. El acusado no tiene derecho a ofrecer pruebas, ni estar presente durante las actuaciones del Gran Jurado, pero sí podrá ser llamado a declarar.

Luego de deliberar la acusación del fiscal y sus pruebas, si consideran que hay causa probable, promulgarán la acusación solicitada por el fiscal, indicando *"declaración verdadera".*

Fase 10: Peticiones y ofrecimiento probatorios previos al juicio – ***"Discovery".*** Previo a llegar a la etapa de juicio oral, se realizan requerimientos como impugnaciones contra la acusación, peticiones de ofrecimiento probatorio, cuestionamientos en cuanto a la competencia judicial, exclusión de pruebas, etc.

El ofrecimiento probatorio previo al juicio está destinado a evitar "*juicios por sorpresa*". Normalmente la fiscalía está obligada a revelar más que la defensa. La revelación de pruebas facilitará a arribar a una declaración de culpabilidad y su negociación.

La fiscalía y la defensa del acusado pueden realizar negociaciones respecto de la acusación a fin de que el acusado se declare culpable. Si se arriba a un acuerdo, éste deberá ser presentado oficialmente ante el tribunal competente para el juicio.

*Fase 11: Arraignment - La presentación de la acusación por el Gran Jurado o por el Fiscal y la declaración del acusado sobre la acusación***.** La acusación promulgada por el Gran Jurado o por el fiscal, es presentada ante el tribunal competente para el juicio.

Luego de ello se le lleva al acusado ante el tribunal, se le informa sobre la acusación en su contra, sobre sus derechos y es preguntado acerca de si se declara culpable ("*guilty*" que supone la culminación anticipada del procesamiento a través de la expedición de la sentencia respectiva – *plea bargarning*), no culpable ("*Non guilty*", el mismo que propicia la necesidad de realización del juzgamiento oral en los términos propuestos por la declaración del imputado), o *nolo contendere* [24] (*No lo litigaré*, acepta los cargos, pero no se considera culpable).

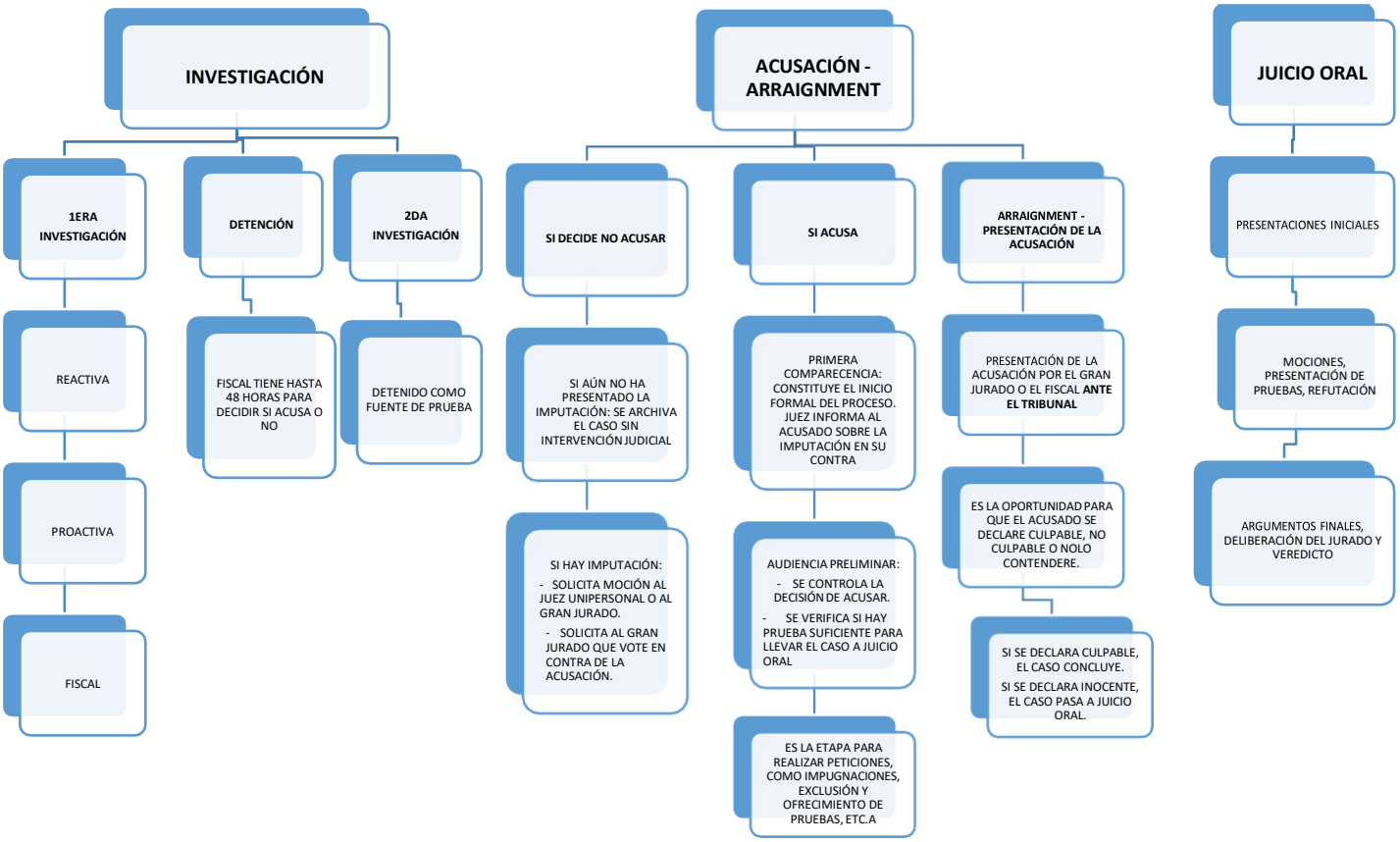
[24] Explica al respecto ARBULÚ (2015): *"Un acusado que desea declararse nolo contendere lo hace por evitar declararse culpable, porque la declaración de culpabilidad puede ser introducida como una admisión en el litigio civil subsiguiente. La fiscalía puede oponerse a la declaración de nolo contendere porque quiere una resolución definitiva de culpabilidad del acusado o la inocencia, ya sea con fines correccionales o por motivos de litigio posterior"* (P. 644).

Fase 12: Juicio (trial) y Sentencing.

Los juicios en Cortes estatales y federales siguen una secuencia bien definida. Sus fases son (1) la selección y juramentación (*empanelment*) de los miembros del jurado, (2) las presentaciones iniciales (*opening statements*), (3) la presentación de pruebas por el estado como parte acusadora *(the state's casein-chief)*, (4) la moción de la defensa por un veredicto dirigido de absolución, (5) la presentación de pruebas por la defensa *(the defense case-in-chief)*, (6) la refutación por el estado (*state's rebuttal*), (7) la refutación por la defensa (*defense's rebuttal*), (8) los argumentos finales (*closing arguments*), (9) las instrucciones al jurado (*jury instructions*), y (10) las deliberaciones por el jurado y el veredicto (Méndez, 2007, p. 143-144).

"No hay que olvidar que en esta fase de juicio oral va a ser característica la dicotomía entre el juez-jurado. El primero va a decidir las cuestiones de derecho, mientras el segundo va a resolver sobre los hechos" (Barona, 1994, p. 48).

Con dicha información, de manera ilustrativa y tratando de asimilarlo a nuestro proceso penal peruano, se puede resumir el proceso penal estadounidense de la siguiente manera:



Así, si intentamos comparar nuestro proceso penal peruano con el estadounidense, definitivamente, vamos a encontrar más diferencias que similitudes, pero he tratado de organizar sus actos procesales en fases semejantes a nuestro proceso penal, a fin de tener una mejor visión de la etapa en la que se lleva a cabo la declaración de culpabilidad, así como ante qué órgano jurisdiccional se solicita.

3.- “PLEA BARGAINING” - (SIGLO XIX).

3.1. Definición.

En cuanto a la definición del “*plea bargaining”,* todos los autores coinciden en señalar que es el acuerdo, convenio o negociación realizado entre la defensa del acusado y la fiscalía, así tenemos lo sostenido por Salinas (2011), quien señala que, “se trata de un mecanismo para establecer judicialmente la responsabilidad de un procesado, a partir de la aceptación que éste haga de las imputaciones que en su contra presente la Fiscalía, directamente (*information*) o a través del gran jurado (*indictament*), sin necesidad de debate contradictorio” (pp. 33-34).

Por su parte el autor español Rodríguez (1997), nos brinda la siguiente explicación de lo que debe entenderse por el *plea bargaining:*

> Cuando utilizamos el término *plea bargaining* estamos haciendo referencia a la modalidad de la *guilty plea* "típica" de los EE.UU., a la práctica que consiste en la obtención por el acusado de una serie de concesiones oficiales a cambio de declararse culpable; es decir, que se trata de una institución consistente en un *"give-and-take"* en donde el acusado cuando se declara culpable está esperando recibir un tratamiento menos severo *(lenient treatment)* por parte del órgano jurisdiccional. Normalmente, a ello se llegará por medio de un acuerdo entre la acusación y la defensa, en el cual ambas partes van a salir beneficiadas, no existiendo obstáculo para ello en la legislación estadounidense. Así se encuentra establecido en la *Rule 11 (e) (l) de las Federal Rules of Criminal Procedure.* (p. 34). [25]

Así, Frisancho (2019), haciendo referencia a la investigación realizada por Peña Cabrera, explica: *"*Se entiende a esta discrecionalidad y disponibilidad – que en los Estados Unidos de Norteamérica se expresa en las negociaciones y transacciones entre el acusador y el imputado (*Plea bargarning)* y de la admisión de culpabilidad (*Guilty plea*), que se manifiesta en la entrega de información valiosa del imputado hacia la autoridad permitiendo una eficaz prevención y adecuada represión del delito, a cambio el imputado recibirá como beneficio una aminoración en la gravedad de la acusación, una reducción de la pena que inclusive podrá extenderse a una exención de pena (beneficios penales y penitenciarios)"(p. 165).

En esa línea de ideas, el profesor Neyra (2010) señala:

---

[25] En ese mismo sentido Fernández Muñoz: *"En la legislación americana el plea bargarning, es considerado el acto mediante el cual el imputado admite su culpabilidad, conformándose con el cargo o los cargos que se le imputan, a cambio de una reducción de la condena o de alguna concesión del Estado".* FERNÁNDEZ MUÑOZ, Karin. *"La Conformidad: Una Aproximación a su Definición en el Nuevo Código Procesal Penal".* Revista Derecho & Sociedad N°34. pp. 210-234.

> El *Plea bargarning* consiste en la decisión del acusado de declararse culpable *(guilty plea),* implica la conformidad del imputado con los cargos que se le imputan. Por esta decisión renuncia al juicio oral y pierde voluntariamente la posibilidad de ser absuelto por el Jurado o Juez profesional (implica renunciar al derecho a la no autoincriminación, al *cross examination* y al derecho al jurado).
>
> El *plea bargarning* es una forma distinta del proceso penal que consiste en las negociaciones llevadas a cabo entre el Fiscal y la defensa, en torno a la obtención de un acuerdo transaccional (*agreement*) mediante el cual el acusado se confiesa culpable o *nolo contendere* evitando así la celebración del juicio a cambio de una *ligth sentence*, esto es, una reducción de cargos o una recomendación de indulgencia hecha por el Fiscal. (p. 467)

En suma, puedo concluir que: El *plea bargarning* es una forma de finalizar el proceso, que consiste en el acuerdo o la negociación llevada a cabo entre la fiscalía y la defensa del acusado, en base a la acusación emitida por el *prosecutor* contra el *defendat*, ello con la finalidad de que éste se declare culpable y el proceso pueda concluir sin llevar la controversia a la etapa estelar del juicio oral. Como consecuencia de esta negociación ambas partes salen beneficiadas, el acusado obtiene un trato benévolo en cuanto a la sanción que se le va imponer (rebaja de pena, reducción de cargos, incluso hasta la exención de la pena y entre otros beneficios) y el fiscal no tendrá que probar en el juicio oral la culpabilidad del acusado, ahorrándose esfuerzos y tiempo.

3.2. Origen histórico: Cuándo, dónde y por qué. -

Al estudiar cualquier tipo de institución, es importante retroceder hasta el momento de su nacimiento, indagar cuándo surgió, dónde nació y a qué se debió su desarrollo y su implementación. Pues, ello permitirá conocer la naturaleza jurídica de dicha institución y abonará a su mejor comprensión, lo que permitirá una adecuada aplicación en cada realidad específica. En ese

sentido, en el presente apartado me dedicaré a indagar la razón de ser del *"plea bargaining".*

Al respecto Ferré (2018), nos explica que "en el espacio propio del sistema procesal penal norteamericano encontramos entre sus pilares básicos el principio de oportunidad, que se materializa en un amplio criterio de discrecionalidad en manos de la fiscalía. Esta solución, construida en torno al uso de incentivos, hunde sus raíces en una centenaria tradición jurídica norteamericana, que se remonta por lo menos a la Guerra de Secesión, o incluso a los siglos precedentes" (p. 1-30).

De otro lado, el profesor Reyna (2009), ubica el desarrollo de esta institución en los Estados Unidos de América y desde hace aproximadamente 100 años. Así, asevera que: *"*El *plea bargaining* es una figura que viene siendo desarrollada en los Estados Unidos de América desde hace unos cien años y aunque en sus inicios careció de soporte jurisprudencial, cuenta desde hace más de treinta años con reconocimiento pleno por la doctrina jurisprudencial del Supremo Tribunal norteamericano, a través de los precedentes correspondientes a los casos *Brady v. Unites States y Santobello v. Unites States* que reconocen el *plea bargaining* a partir del modelo adversarial norteamericano" (p. 126). Como se puede observar, la legislación[26] tiene preeminencia como fuente de derecho penal federal, no obstante, ello, interactúa intensamente con las decisiones del Tribunal Supremo Federal. En este contexto, no debe olvidarse que "(…) el *Plea Bargaining no es una creación de la ley, sino de la práctica legal*" (Salinas, 2011, pp.35-36).

Por su parte, Fraga (2016) concluye que al investigar los inicios del *plea bargarning*, esta institución no tuvo una base legal ni jurídica y que no existe uniformidad por la doctrina en cuanto a la fecha exacta de sus inicios. Así, de

---

[26] Al respecto SALINAS (2011), señala: *"Las fuentes más importantes, en las que se regula la estructura y dinámica del plea bargaining en el sistema federal son: el Código de los Estados Unidos (U.S.Code), el Reglamento Federal de Procedimiento Penal (Federal Rules of Criminal Procedure) y la Guía Federal para Sentenciar (Federal Sentencing Guidelines)" (p. 35).*
Y gran parte de la regulación del *plea bargaining* lo podemos hallar, conforme lo señala QUINTEROS JIMÉNEZ, en la regla 11°, 30° y 410° del *Federal Rules of Criminal Procedure.* QUINTEROS JIMÉNEZ, Camilo Alberto; *"La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudios comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica;* Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales; Bogotá – Colombia, 2013, p. 48. Véase en: http://bdigital.unal.edu.co/39896/1/6699871.2013.pdf.

manera textual, citando a autores como Fontanet, Kittrie, Zenoff e *Igartua Laraudagoitia*, señala:

> La práctica comenzó sin basamento legal ni judicial. Los diversos autores difieren a la hora de datar los primeros indicios de la existencia de la institución. FONTANET, en la obra indicada sitúa en la Inglaterra del siglo XV ciertas referencias bibliográficas en cuanto al hecho de que, si la persona acusada confesaba su conducta delictiva, resultaba incriminada por un delito de menor pena que cuando no admitía su culpabilidad. KITTRIE y ZENOFF la sitúan en el siglo XVII, en el entorno del *Common Low* inglés de la época. Ya en Norteamérica, tampoco existe una datación clara y concreta, aunque, según IGARTUA LARAUDAGOITIA, existen datos alusivos a una práctica habitual de las alegaciones de culpabilidad en la segunda mitad del siglo XIX, sin perjuicio de una posible existencia anterior no registrada. (pp. 106-107)

De otro lado, Quintero (2013) afirma que, *"*los estudios académicos que se han enfocado en el estudio histórico del *Plea Bargaining*, coinciden en ubicar su origen en el siglo XIX, especialmente en la ciudad de Boston-Massachusetts, como centro del desarrollo jurídico de la naciente nación norteamericana. Asimismo, todos estos estudios coinciden en resaltar que el *Plea Bargaining System*, se popularizó paulatinamente durante el siglo XIX y llegó a convertirse en una forma recurrente de solventar los casos penales desde finales del siglo XIX en Norteamérica" (p.19). En ese sentido, para el autor español el origen del *plea bargaining* se encuentra en la ciudad de Boston-Massachusetts y en el siglo XIX.

Al igual que Fontanet, Salinas (2011) refiere que el origen de esta institución se encuentra en la Inglaterra medieval, agregando que su evolución radica en los EE.UU. Por lo que señala que: *"*Ya en la Inglaterra medieval es posible encontrar la figura de *plea of guilty*, sin embargo, la evolución de la figura en los EE.UU. tiene características propias que podemos reseñar, gracias al

interesante trabajo de McConville (1995). Durante el periodo comprendido entre los años 1845 y 1860, se produjo un cambio fundamental en la justicia penal norteamericana que transitó de un sistema en el que el juicio por jurado era la forma de resolver la mayoría de casos penales, a uno en el que predomina el *plea bargaining*" (pp. 33-34).

Como se puede apreciar, no existe referencia exacta ni de la fecha ni del lugar puntual de cuándo y dónde se originó el *plea bargaining,* la información brindada por los autores es diversa. Algunos, refieren que el origen de esta institución data desde hace 100 años; otros, que se originó en Inglaterra entre los siglos XV y XVII. Y, si ubican su origen en los Estados Unidos, señalan que fue en siglo XIX.

Si bien no se tiene una fecha exacta de cuándo y dónde se originó el *plea bargaining,* con la información antes indicada podemos acercarnos a una fecha y lugar aproximado del origen del *"plea bargaining"*; lo cual me permite concluir que de manera muy incipiente comenzó a surgir en la Inglaterra medieval, entre los siglos XV y XVII, pero no con tal denominación, sino bajo la figura del *plea of guilty (simples declaraciones de culpabilidad del imputado ante un juez, frente a una acusación[27])*; pero su desarrollo y su popularización se dio en los Estados Unidos de Norteamérica, específicamente en Boston Massachusetts, en el siglo XIX. Todas las referencias antes del siglo XIX, se ubican en Inglaterra y no en EE.UU.

Asimismo, cabe resaltar que el *plea bargaining* es producto de la práctica legal y no de la ley. Es decir, la práctica reiterativa de concluir los casos a través de la declaración de culpabilidad del acusado, trajo consigo que tal actividad repetitiva se plasmara en una ley.

Y respecto al porqué de la expansión y el desarrollo de esta práctica de *declaraciones de culpabilidad*; algunos autores nos explican las razones que

[27] También es importante diferenciar el "*plea of guilty"* o de *"nolo contendere"* y el "*plea bargaining*". Las primeras expresiones se refieren a la intervención específica que hace un procesado ante un juez, frente a una acusación, en tanto que la segunda, tiene que ver con la particularidad norteamericana de someter a una negociación y acuerdo (entre el Fiscal y el procesado) el contenido y alcance de los cargos, así como del *plea of guilty,* antes de solicitar su aprobación por el órgano jurisdiccional. (Salinas, 2011).

determinaron que esta institución adquiera fuerza y permanencia en los Estados Unidos *(donde más del 95% de casos penales terminan concluyendo bajo la modalidad del plea bargaining[28]),* para luego expandirse a otros países.

Así, Jerold, Kamisar, LaFave y King (2012), al respecto refieren:

> La negociación sobre la declaración es una práctica antigua en los Estados Unidos (aunque sólo recientemente de forma tan visible). Hay una falta de acuerdo importante respecto a qué provocó el desarrollo y continuidad de esta práctica, aunque parece probable que se trate de la combinación de diversos factores. Una explicación es que la negociación es una respuesta a la sobrecarga de los tribunales, pero no es ese inevitablemente el caso, ya que las prácticas de negociación se han desarrollado en momentos y lugares en los que no había una congestión grave de los tribunales. Algunos estudiosos han atribuido la negociación a la falta de defensores públicos, los incentivos financieros de los abogados privados, y la holgazanería de los fiscales, pero tampoco es una explicación precisa o completa. Ciertamente, hay al menos algunas explicaciones más adecuadas, como que hoy hay menos litigios que versen de verdad sobre los hechos a resolver por los tribunales debido al aumento en la profesionalidad de la policía y los fiscales

[28] En ese mismo sentido, Barona afirma que: La proporción de los ***plea bargaining*** frente al juicio oral es de 10 a 1. Y tal es así que en algunos Estados los datos estadísticos demuestran que el 90% de los asuntos se resuelven sin llegar al **trial** y, por tanto, mediante la negociación entre las partes seguida de la correspondiente recomendación al órgano jurisdiccional.

Interesantes es observar cómo de los datos estadísticos se extrae que el instituto se utiliza más en aquellos delitos de mayor violencia que en hechos punibles tales como, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio. A título ejemplificativo podemos afirmar que, mientras los porcentajes de los juicios por violencia carnal, robos y homicidios oscilan entre el 10 al 45%, el porcentaje para los hurtos y delitos en materia de estupefacientes desciende a niveles que se colocan entre el 10 y el 17 %. (Barona, 1994, pp. 53-54)

> y el papel más importante del abogado de la defensa en las etapas previas al juicio. (pp. 893-894)

Por su parte, Salinas (2011) analiza dos posibles explicaciones a la implementación y aplicación del *plea bargaining* en EE.UU., una tradicional y otra alternativa:

> La explicación tradicional considera que la inexistencia de jueces, abogados y policías profesionales, creaba un escenario en el que la suerte y el azar eran factores determinantes al resolver un caso penal; en este contexto, el jurado tenía por lo menos la ventaja de ser "democrático". El cambio se produjo gracias al surgimiento de la "policía científica", que permitió incrementar la obtención y confiabilidad de medios de prueba. Por otra parte, la abogacía se hizo más profesional, y ante la expansión de acusaciones respaldadas por el nuevo aparato probatorio, desarrolla el sistema de negociación con el acusador, buscando mejores condiciones para los casos que se consideraban perdidos. Como explicación alternativa, se postula que la confianza sistemática en el *guilty plea* y en el *plea bargaining*, surgió al incrementarse el interés del Estado en cumplir su deber social y su agenda política (el delito fue considerado un problema social y un tema político que trascendía a los individuos involucrados), a través de nuevas formas legales (la configuración del jurado incluyó cada vez menos a demandantes o agraviados, se encomendó al Fiscal la protección de la ley y la administración eficiente y eficaz de los procesos, entre otros). (p. 34)

En definitiva, al igual que en el escenario anterior, no se tiene certeza de qué fue lo que específicamente provocó el arraigo de esta institución en la práctica judicial, ambos autores coinciden en aseverar que lo más probable es que sea

consecuencia de diversos factores, como por ejemplo: *i) la sobrecarga de casos en los tribunales, ii) la falta de defensores públicos, iii) la desidia de los fiscales, iv) el profesionalismo de fiscales, policías y abogados que hacían que menos casos versen de verdad sobre hechos que deban resolver los tribunales, y, v) el interés del Estado en cumplir con su deber social y su agenda política.* En suma, el conjunto de todos estos factores hizo que el *plea bargaining* adquiera mayor amparo en la práctica y así los casos puedan concluir de manera rápida, contrario a los que se discuten en juicio oral. Porlo que no existe una causa única que justifique su implementación y su práctica constante.

De otro lado, por la rapidez de este tipo de procedimientos, muy pocos expedientes terminaban siendo analizados por el jurado en un juicio oral. Así, Ferré (2018), al respecto refiere lo siguiente: *"*El *plea bargarning*, que comenzó siendo una solución excepcional para resolver rápidamente un número limitado de casos, es ahora, de hecho, el principal o único camino procesal, pues "*the excepción has swallowed the rule""* (p. 2)[29]*.* En ese mismosentido, Lascuraín (2018), señala: *"*Más del 95% de los procesos penales, tanto a nivel federal como estatal, se resuelven sobre la base de la culpabilidad del acusado (*guilty plea)""* (p.3)[30].

Y en cuanto al avance del *plea bargaining* desde su origen hasta la fecha, resulta importante resaltar que esta figura procesal no cuenta -de manera

[29] Así, Ferré (2018), al analizar cómo actualmente se viene ejecutando esta institución refiere: *"Los Estados Unidos, cuna del veredicto negociado, la confesión de culpabilidad o guilty plea voluntaria, inducida o negociada ha llevado a que la mayor parte de los procesos penales se resuelvan por la vía del plea bargaining ("negociación" o "regateo" procesal sobre la declaración), siendo excepcional el recurso al juicio en sentido estricto y al jurado. Mientras la opinión pública cree que prevalecen los juicios ante jurados con garantías plenas, la realidad indica que esos juicios son casi inexistentes, pues las conformidades se alcanzan de forma voluntaria o incluso a través de actuaciones con un alto grado coercitivo que emanan de la fiscalía. Es más, se afirma que el fiscal se ha convertido en la figura más poderosa de la Sala de Vistas. A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo "Lafler v. Cooper" (2012) se confirma que el sistema penal norteamericano es un sistema de conformidades, no un sistema de juicios, generándose así a partir de la práctica jurisdiccional la llamada críticamente por el Juez Antonin Scalia "Ley del plea bargaining" . Desde el punto de vista de la legislación, el plea bargaining norteamericano está en lo esencial desregulado, ya que carece de una previsión legal específica".*

[30] De igual manera Jerold et. al (2012): *"La gran mayoría de casos penales de los Estados Unidos se terminan con admisiones de culpabilidad por el acusado más que mediante juicio. La admisión de culpabilidad es muy frecuentemente una declaración negociada, es decir, un acuerdo del acusado declarándose culpable de unos cargos penales ante la expectativa razonable de obtener algún tipo de compensación por el Estado"* (p. 893).

específica- con amparo constitucional, pero tal amparo se sobreentiende. Así, al respecto, Fraga (2016), explica lo siguiente: *"*Lo cierto es que la falta de apoyo legislativo y jurisprudencial en un momento inicial no impidió que, con el paso del tiempo, recibiese un reconocimiento legal en la mayoría de los Estados y su constitucionalidad ha sido asumida por la Corte Suprema, aunque no tiene plasmación constitucional. LANGBEIN dice que, *si alguien busca en la Constitución de los Estados Unidos algún fundamento para el "plea bargaining, buscará en vano*, puesto que lo que encontrará será justamente lo contrario, la garantía del juicio previo*"* (p.107).

En ese sentido, cabe afirmar que en sus inicios el *plea bargarning* no tuvo una base legal ni mucho menos constitucional; a la fecha, conforme lo refiere Fraga Mandián, citando a Langbein, dicha institución cuenta con soporte legal, más no constitucional, pero debido a su práctica frecuente tal constitucionalidad ha sido asumida por el Tribunal Supremo.

3.3.- Tipos de Pleas of Guilty.

Salinas (2011), haciendo referencia a la clasificación realizada por Joel Samaha, señala que existen dos tipos de *Pleas of Guilty*, que son:

i. **Straight Pleas (Pedidos directos).** Son aquellos en los que el *plea of guilty* (pedido de ser considerado culpable) que realiza el encausado, no son consecuencia de algún tipo de negociación o concesión por parte del aparato represivo del Estado.
ii. **Plea Barganing (pedidos negociados).** Las partes involucradas (Fiscalía y encausado) luego de las tratativas que fueran precisas, pueden realizar concesiones (p. 81).

Siendo ello así, es posible arribar a dos conclusiones: *i)* el *plea bargaining* es un tipo de *plea of guilty;* y *ii)* hay dos formas de que el acusado pueda declararse culpable; es decir, a través de una declaración de culpabilidad sin negociación (*Straight Pleas - plea of guilty* en su forma básica) y otra mediante un acuerdo negociado (*plea bargaining*).

Es por ello que cuando utilice el término *plea of guilty* (declaración de culpabilidad), me estaré refiriendo en su modalidad del *"plea bargaining"*

(acuerdo negociado). Ya que el *plea bargaining* es una *"declaración de culpabilidad"* pero no en su forma básica sino en su forma evolucionada.

3.4.- Áreas de negociación o categorías del plea bargaining.

De manera muy detallada Barona (1994) nos explica los tipos de negociaciones que existen en los Estados Unidos de Norteamérica, ya que, en los diversos estados, las negociaciones no solo tienen relación con la pena a imponer, sino que también éstas pueden incidir en cuanto a la supresión o modificación de alguno o algunos de los diversos cargos que se le imputan al acusado o incluso no ejercitar la acción penal. Así, tenemos que éstas son:

i. **Sentence bargaining:** Acuerdo entre el imputado y el juez y/o el M.F., que a cambio de que el imputado se declare culpable se le promete una pena determinada o determinable (a establecerse dentro de un rango). Se altera la acusación formulada en su contra, así como la pena.

   Se lleva a cabo a través de dos vías: i) el juez participa directamente en el *plea bargaining* o ii) el juez acepta el acuerdo consensuado, se renuncia a la determinación de la pena realizada por el juez.

   El órgano de la acusación se compromete a formular una *recommendation* benévola en la fase de *sentencing*, acordándose con el juez el tipo de pena a aplicar.

   Es necesario recalcar que en algunos estados el juez tiene una participación activa en el *plea bargaining*, en otros no, por el contrario, se sigue la recomendación hecha por el fiscal.

ii. **Charge bargaining:** Resulta aplicable cuando al imputado se le atribuye varios delitos y éste se declara culpable de uno o más hechos delictivos, por lo que el fiscal a cambio tiene dos opciones: a) no ejercitar acción

> penal[31] por otros delitos que se le imputen o b) Sustituir el hecho por el que inicialmente se le acusaba por uno menos grave.[32]
>
> **iii. Forma mixta:** Consiste en resolver el proceso a la vez con el *sentence* y con el *charge bargaining*. Estaría configurada por la promesa de una sentencia específica, que afectaría tanto a la acusación como a la pena a imponer. Ésta es la menos frecuente en la práctica, puesto que despierta un importante recelo en los jueces, y provoca que normalmente sea rechazado el acuerdo que la contempla, al entender aquéllos que se ha pretendido reducir su actuación a la de simple homologador del acuerdo alcanzado. (Butrón, 1998, p. 109)[33]

Estas formas de negociación las encontramos reguladas en la *rule 11* de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que es la que nos suministra la base de los diversos acuerdos que podrán alcanzar el fiscal y el abogado defensor o acusado que se represente a sí mismo, como resultado de las negociaciones o contactos que previamente hayan tenido lugar entre ambos. La "contraprestación" de parte de la defensa es siempre la misma, invariable: la declaración de culpabilidad o de "no litigar" del acusado en relación a un determinado delito por el que se le acusa, mientras que van a variar las

---

[31] Al respecto Salinas (2011) explica que: "En el supuesto que el Fiscal decidiera no presentar ningún tipo de cargo (a pesar de ser ello posible) a cambio de que el sospechoso de un delito, actuando como testigo delate a sus cómplices, no es posible hablar propiamente de un *plea bargaining* porque no se hará un pedido de ser considerado culpable, sino que la "contraprestación" será de otro tipo" (p. 82).

[32] En esa misma línea de ideas Butrón (1998) refiere: "Nos encontramos con que el Fiscal podrá, siempre a cambio de la mencionada declaración del acusado, bien formular la acusación por un delito inferior –lo que conlleva una menor pena a imponer- al que se correspondería con los hechos que podría probar en juicio, o bien retirar o no formular otros cargos adicionales al principal (p. 108)."

[33] En ese sentido, en la Enciclopedia of Everyday Law, podemos encontrar que son áreas de negociación:

a) Los cargos.- Frecuentemente ante un pedido de ser declarado culpable de un cargo menor, el Fiscal se desistirá del más grave o de otras imputaciones.
b) La Sentencia.- La aceptación de las imputaciones originales (no subrogadas por una menos grave) recibirán una sentencia benévola.
c) Los hechos.- La aceptación de la veracidad de hechos sometidos a prueba libera al Fiscal de la carga de su prueba, a cambio de que no introduzca otros hechos (Salinas, 2016, p. 81-82).

concesiones de parte del fiscal y, en definitiva, éstas serán las que van a configurar los distintos tipos de acuerdos que se pueden alcanzar (Butrón, 1998, p. 108).

Bajo dicho parámetro Salinas (2011) señala que:

> En el supuesto de que fueran varios los cargos formulados en la acusación, cabe su diferenciación entre el cargo principal, el menos grave y uno que guarde relación con el primero. Sin embargo, podría tratarse de imputaciones no consideradas en la acusación y que son introducidas en las tratativas.
>
> El encausado, a fin de evitar el cargo más grave, puede escoger asumir las imputaciones menos graves o relacionadas, y en todo caso, el Fiscal (de estimar satisfactoria la elección del encausado) podrá retirar el cargo más grave, contenido en la acusación, para que únicamente subsistan aquellos (menos graves o relacionados) que eligió el procesado, y en su caso, comprometerse a no proponer la persecución de una imputación no incorporada en la acusación, pero que la precede. El órgano jurisdiccional, está vinculado a estos acuerdos, al tiempo de emitir sentencia condenatoria (p. 37).

Por su parte, Jerold et al. (2012), refiere: *"*Una forma habitual de negociación consiste en el acuerdo a través del cual el acusado y el fiscal pactan que el acusado se declare culpable respecto a un cargo menos grave que al que se refiere la prueba. Una segunda modalidad supone un acuerdo a través del cual el acusado presta estricta conformidad, es decir, se declara culpable respecto del cargo original, a cambio de algún tipo de compromiso por parte del fiscal referido a la condena concreta a imponérsele (que él recomendará o no se opondrá a cierta condena, o incluso que se asegurará de que la condena no excederá de una cierta medida). Todavía existe otra forma de negociación –probablemente la más ilusoria- en la que el acusado se

reconoce culpable del cargo original a cambio de la promesa del fiscal de abandonar o no presentar otros cargos*"* (p. 893).

Finalmente, Pursley (como se citó en Salinas, 2016) menciona que el fiscal también puede ofrecer las promesas de: *a)* no oponerse a una sentencia suspendida o a un periodo de prueba, *b)* no perseguir a los cómplices del encausado, *c)* recomendar que el encausado cumpla su sentencia en un programa específico de rehabilitación y *d)* que el procesado joven, será juzgado en el fuero de menores. Por su parte el encausado, además, puede prometer enlistarse en las fuerzas armadas (p. 37).

En síntesis, en el *"plea bargaining"* se tienen generalmente dos áreas de negociación, a saber: a) respecto de ***los cargos imputados***, en el cual se dan dos supuestos: *i) que el acusado acepte los cargos siempre y cuando el fiscal acuse por uno menos grave al inicialmente propuesto; y, ii) que el acusado acepta el o los cargos menos graves a cambio de que el fiscal se desista de acusar respecto del cargo más grave*. Y b) ***La pena a imponer****,* lo cual implica que el acusado ha de aceptar la imputación en su totalidad a cambio de que el fiscal proponga al juzgador una pena en específica, una pena benévola o en todo caso no se oponga a la pena a imponer por aquel.

Finalmente, si queremos comparar las áreas de negociación del *plea bargaining* con nuestra figura procesal peruana, vamos a encontrarnos con que en la terminación anticipada peruana no existen áreas de negociación como si las hay en Estados Unidos. Aquí, el beneficio que se le otorga al imputado -que decida someterse a la terminación anticipada del proceso- ya viene fijado por ley. Esto es, se le reducirá un sexto de la pena, así también obtendrá una disminución de la reparación civil (este extremo queda a discrecionalidad del actor civil). En ese sentido, tenemos que la ley determina cuál es el beneficio que ha de obtener el imputado que se someta a este tipo de proceso, cuál es la pena que se le ha de imponer ante una eventual sentencia anticipada. Más no existe la posibilidad de que el fiscal reduzca los cargos imputados o acuse por uno menos grave como sí sucede en el país norteamericano. Es por ello que me permito afirmar que en nuestra figura procesal de la terminación anticipada del proceso no se visualiza una *"negociación"* propiamente dicha, como sí se ejecuta en los Estados Unidos.

3.5. Tratamiento.

En un inicio el *plea bargaining* no contaba con una regulación específica, no existía una ley que indicara cuáles eran las pautas a seguir a fin de aplicar esta institución; es recién en el siglo XX que tuvo un soporte legal. Así, Fraga (2016) refiere que:

> En un primer momento, la negociación no se documentaba, dando lugar a lo que se ha denominado *plea bargarning under the table,* esto es, un acuerdo oculto, que era caldo de cultivo apropiado para tergiversaciones, errores o malas interpretaciones. Ello producía que, en ocasiones, la condena resultaba más severa de lo esperado. A partir de 1968[34], se reguló el procedimiento de forma pormenorizada surgiendo las *Federal Rules of Criminal Procedure,* así como las *Standars for Criminal Justice* de la *American Bar Association,* que han establecido el papel que debe jugar el Ministerio Fiscal en este instituto, así como el abogado defensor y el Juez. También de gran importancia son las *Guidelines*, elaboradas por la *United States Sentencing Commission* (1984), que fijan las líneas que se han de seguir en materia de *plea bargarning*, dejando como una función jurisdiccional el establecimiento de la condena penal. A través de estas *guidelines* se pretende convertir al Juez en un guardián que controla la actuación del Fiscal, para evitar que no haga un uso equivocado de este instituto. (p. 111)

Sin embargo, posteriormente conforme lo sostiene el profesor Arbulú (2015), dicha institución fue regulada, "en las *Rules Federal of Procedure Criminal* de

[34] En ese mismo sentido, Barona (1994) refiere: *"Hasta 1968 puede afirmarse que la mayoría de los acuerdos obtenidos no se plasmaban por escrito sino que, de alguna forma, respondían a la conclusión verbal de unas negociaciones entre las partes. Como consecuencia de lo anterior, se venía produciendo lo que se llamaba* ***plea bargaining under the table,*** *es decir, un acuerdo oculto, que traía como consecuencia malentendidos, injusticias y promesas incumplidas. De ese modo se daban casos en que imputados que se declaraban culpables con la esperanza de obtener una determinada pena, evidentemente inferior, se encontraban con condenas a penas mucho más severas de las acordadas."*

los Estados Unidos en la regla 11[35], regla en la que encontraremos la base del *plea bargarning,* en los que la negociación se da entre la fiscalía y el imputado".

[35] Conforme a la traducción realizada, por el profesor Arbulú Martínez, a la regla 11 extraída de la Universidad de Cornell, nos ceñimos a la misma para un mejor entender de la figura del *plea bargarning*, siendo que a la letra señala:

Regla 11. Motivos

A) Introducción de una súplica.
   1) En general. El acusado puede declararse no culpable, culpable, o (con el consentimiento de la corte) *nolo contendere.*
   2) *Plea* condicional. Con el consentimiento de la corte y el gobierno, el acusado puede presentar una declaración condicional de culpable o *nolo contendere,* reservando por escrito el derecho de tener una opinión tribunal de apelación de una determinación adversa de una moción previa al juicio especificado. Un acusado que prevalece en la apelación puede entonces retirar la declaración de culpabilidad.
   3) No me opongo *plea*. Antes de aceptar una declaración de *nolo contendere,* el tribunal debe tener en cuenta las opiniones de las partes y el interés público en la administración efectiva de la justicia.
   4) El no entrar en una declaración. Si el acusado se niega a entrar en una declaración o si una organización demandada no comparece, el tribunal debe presentar una declaración de no culpable.

B) Considerar y aceptar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere.*
   1) Asesoramiento y cuestionamiento de la demanda. Antes de que el tribunal acepte una declaración de culpabilidad o *nolo contendere,* el acusado puede estar bajo juramento, y el tribunal debe abordar el acusado personalmente en audiencia pública. Durante esta dirección, el tribunal debe informar al acusado y determinar que el acusado entiende, lo siguiente:
      a) El derecho del gobierno, en un juicio por perjurio o falso testimonio, para usar contra el acusado cualquier declaración que el acusado da bajo juramento.
      b) El derecho a no declararse culpable, o a persistir en ello de ya haberlo hecho.
      c) El derecho a un juicio con jurado.
      d) El derecho a ser representado por un abogado y si es necesario que el tribunal designe un abogado en el juicio y en cualquier otra etapa del procedimiento.
      e) El derecho en el juicio a confrontar e interrogar a los testigos de cargo, a estar protegido contra la autoincriminación obligada, para testificar y presentar pruebas, y obligar la asistencia de testigos.
      f) La renuncia de la parte demandada de estos derechos a un juicio si el tribunal acepta una declaración de culpabilidad o *nolo contendere.*
      g) La naturaleza de cada cargo para el cual el acusado está suplicando.
      h) Cualquier pena máxima posible, incluyendo la prisión, multa, y el plazo de libertad bajo supervisión.
      i) Cualquier pena mínima obligatoria.
      j) Cualquier pérdida aplicable.
      k) La autoridad de la corte que ordene la restitución.
      l) La obligación del tribunal de imponer un gravamen especial.
      m) En la determinación de una sentencia, la obligación del tribunal para calcular el rango-sentencia directriz aplicable y considerar ese rango, las posibles salidas bajo las pautas de sentencia, y otros factores de sentencia en virtud de 18 USC 3553(a).
      n) Los términos de cualquier disposición *plea* – acuerdo de renunciar al derecho de apelar o para atacar colateralmente la sentencia; y
      o) Que, si es declarado culpable, el demandado que no es un ciudadano de los Estados Unidos puede ser removido de los Estados Unidos, se niega la ciudadanía, y se les niega la entrada a los Estados Unidos en el futuro.
   2) Asegurarse de que una declaración es voluntaria. Antes de aceptar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*, el tribunal debe abordar al acusado personalmente en audiencia pública y determinar que el motivo es de carácter voluntario y no es el resultado de la fuerza, amenazas o promesas (distintas a las acordadas por las partes).
   3) La determinación de la base fáctica de una súplica. Antes de entrar en juicio sobre una declaración de culpabilidad.

C) Procedimiento *plea agreement.*

1) En general. Un abogado para el gobierno y el abogado del acusado, o el demandado al proceder pro se, pueden discutir y llegar a un acuerdo con la fiscalía. El tribunal no debe participar en estas discusiones. Si el acusado se declara culpable o *nolo contendere,* ya sea a un delito imputado o un delito menor o relacionado, el acuerdo de culpabilidad puede especificar que un abogado para el gobierno hará lo siguiente:
   a) No presentará ni descartará otros cargos.
   b) Recomendar, o comprometerse a no oponerse a la solicitud de la parte demandada, que un rango condena o sentencia en particular es apropiado o que una disposición particular de las pautas de sentencia, o declaración de política, o factor de la sentencia que hace o no se aplican (tal recomendación o petición no es vinculante para el tribunal); o
   c) Aceptar que una condena específica o un rango de condena sea la disposición adecuada del caso, o que una disposición particular de las pautas de la sentencia, o declaración política, o factor de sentencia que se apliquen o no (tal recomendación o petición se une a la corte una vez que el tribunal acepta el acuerdo de culpabilidad).
2) La revelación de un acuerdo de culpabilidad. Las partes deben revelar el acuerdo de declaración en audiencia pública cuando se ofrece la declaración de culpabilidad, a menos que la corte por una buena causa permite a las partes a revelar el acuerdo de culpabilidad en la cámara.
3) El examen judicial de una acuerdo de culpabilidad.
   a) En la medida en el acuerdo de culpabilidad es del tipo especificado en la Regla 11 (c) (1) (A) o (C), el tribunal puede aceptar el acuerdo, rechazarla, o aplazar la decisión hasta que el tribunal ha revisado el informe previo.
   b) En la medida en el acuerdo de culpabilidad es del tipo especificado en la Regla 11 (c) (1) (B), el tribunal deberá informar al acusado de que el acusado no tiene derecho a retirar la petición si el tribunal no sigue la recomendación o petición.
4) La aceptación de un acuerdo de culpabilidad. Si el tribunal acepta el acuerdo de culpabilidad, debe informar al acusado de que en la medida en el acuerdo de culpabilidad es del tipo especificado en la Regla 11 (c) (1) (A) o (C), la disposición acordada será incluida en la sentencia.
5) Al rechaza un acuerdo de culpabilidad. Si el tribunal rechaza un acuerdo de culpabilidad que contiene disposiciones del tipo especificado en la Regla 11 (c) (1) (A) o (C), el tribunal debe hacer lo siguiente en el expediente y en abierto tribunal (o, por causa justificada, a puerta cerrada):
   a) Informar a las partes que el tribunal rechaza el acuerdo de culpabilidad;
   b) Asesorar al acusado personalmente de que el tribunal no está obligado a seguir el acuerdo de culpabilidad y dar al acusado la oportunidad de retirar la declaración; y
   c) Asesorar al acusado personalmente que si el motivo no se retira, el tribunal podrá resolver el litigio de manera menos favorable hacia la parte demandada que el acuerdo de declaración contemplado.

D) Retirar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere.* Un acusado puede retirar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere:*
1) Antes de que el tribunal acepta la petición, pero antes de imponer condena si:
   a) El tribunal rechaza un acuerdo de culpabilidad con arreglo a 11 (c) (5); o
   b) El demandado puede mostrar una razón justa y equitativa para solicitar la retirada.

E) Finalidad de una declaración de culpabilidad o *nolo contendere.* Después de que el tribunal imponga sentencia, el acusado no podrá retirar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere,* y sobre el motivo puede ser reservado solo en apelación directa o ataque colateral.

F) La admisibilidad o inadmisibilidad de una declaración de culpabilidad, *plea* debates y declaraciones relacionadas. Sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de un motivo, una discusión de culpabilidad, y cualquier declaración relacionada se rigen por la Regla Federal de Evidencia 410.

G) Grabación del proceso. El proceso durante el cual el acusado se declara debe ser registrado por un reportero de la corte o por un dispositivo de grabación adecuado. Si hay una declaración de culpabilidad o una súplica de *nolo contendere,* el registro debe incluir las consultas y asesoramiento al acusado requerido bajo la Regla 11 (b) y (c).

H) Error inofensivo. A diferencia de los requisitos de esta norma es el error inofensivo si no afecta a los derechos sustanciales. (Arbulú, 2015, pp. 637-642)

*"*Mediante este acuerdo el M.F. promete hacer una recomendación al tribunal que será beneficiosa para el acusado, bien por retirar algún cargo o acusación, bien por imposición de una sentencia menor (…), a cambio el acusado se compromete a manifestar su culpabilidad. Cuando un imputado decide declararse culpable del hecho delictivo, su decisión se comunica por su defensor al *prosecutor* (…)" (Barona, 1994, p. 52).

Siendo ello así, en el presente apartado desarrollaré el tratamiento que se le brinda a esta figura procesal, según lo dispuesto en *The Rules Federal of Procedure Criminal* de los Estados Unidos.

3.5.1. Etapa en la que se lleva a cabo el plea bargaining[36].

Al respecto, Rodríguez (1997) indica: "El pedido de *plea of guilty (declaración de culpabilidad)[37]* tiene lugar cuando el *prosecutors (Ministerio Público)[38]* presenta una acusación formal contra una persona y ante lo cual el acusado será llevado ante el Tribunal. Esta etapa del procedimiento es llamada *"arraignment" (acusación)[39].* Esta etapa aparece regulada en la *Rule 10,* que establece que en ella se informará al acusado de los cargos que se le imputan, se le dará una copia del escrito de acusación y se le pedirá que declare en relación a ellos. De este modo, el acusado puede declararse *guilty, not guilty[40],* tal y como señala la *Rule 11 (a) (I)*" (pp. 36-38).[41]

En ese sentido, explica el profesor Neyra (2010) que, *"*el momento procesal en que opera el *plea bargarning* es en la audiencia previa al juicio *(arraigement)* en la que, tras darse lectura al acta de acusación, el juez invita al acusado al *pleading*, es decir, a expresarse acerca de su propia culpabilidad*"* (p. 467).

---

[36] La *plea* es un acto unilateral del acusado, que no requiere consentimiento de nadie (el Tribunal lo único que puede hacer es aceptarla o rechazarla cuando no cumpla con las exigencias requeridas en la *Rule II*), renunciando con ella a una serie de derechos constitucionales: a su privilegio de no tener la obligación de declarar contra sí mismo en un juicio criminal, a su derecho a ser juzgado por un jurado, y a su derecho a tener un careo con los testigos que declaren en su contra. (Rodríguez, 1997, p.39)

[37] Traducción libre.

[38] Traducción libre.

[39] Traducción libre.

[40] La *Rule II (a) (I)* autoriza al acusado a que se declare no culpable expresamente, pero atañe que el Tribunal entenderá que se declara culpable si el acusado se niega a declarar o si no comparece. (Rodríguez, 1997, p.38)

[41] Agrega, Rodríguez García citando a FANCHIOTTI que el *plea bargaining es "un instituto que desde el punto de vista técnico provoca simplemente el salto de la fase anterior al juicio al momento en que se produce la determinación de la pena, equiparándose esta declaración a un reconocimiento de la culpabilidad".* Ibíd. P.39.

En consecuencia, para hacer uso del *plea bargaining* debe existir previamente una acusación fiscal, pues a través de la acusación se le comunica al acusado de las imputaciones en su contra y en esas circunstancias es que el acusado puede declararse culpable o no culpable. Si se declara culpable de los cargos que se le imputan, el proceso culmina a través del *plea of guilty* (en cualquiera de sus modalidades), si se declara inocente, irá a juicio oral.

Finalmente, si realizamos una comparación con nuestro ordenamiento jurídico, podemos indicar que tal declaración de culpabilidad se asemeja en cierto modo a lo que nosotros llamamos *"conclusión anticipada*" del proceso. Pues de manera similar que, en EE.UU., en el Perú al iniciar el juicio oral, la fiscalía oraliza su requerimiento acusatorio, luego el juzgador le pregunta al acusado si se declara culpable o no de los cargos imputados por el Representante del Ministerio Público. Si se declara inocente, el Juicio Oral continúa; esto es, se procede a consultar si existe solicitud de prueba nueva, reexamen de medios probatorios, luego se inicia con la actuación probatoria, culminado ello se realiza los alegatos finales de las partes procesales; y, finalmente se da la emisión de sentencia. Y si el acusado se declara culpable, el caso concluye con una sentencia conformada. Las similitudes que presentan, se dan en cuanto al órgano jurisdiccional ante el cual lo solicitan y siempre luego de que el fiscal oralice su acusación. Procedimiento totalmente diferente al trámite que se realiza en el proceso especial de terminación anticipada.

3.5.2. Requisitos para una aceptación válida del plea of guilty.

Al respecto Salinas (2011) y Rodríguez (1997), nos explican que son tres los requisitos que se deben configurar para que el Juez pueda aceptar la declaración de culpabilidad del acusado *(plea of guilty),* así lo han configurado tanto el legislador como los Tribunales, siendo estos los siguientes: ***i) voluntariedad de la declaración****,* implica que no resulten de la fuerza, amenazas o promesas. ***ii) inteligencia de la declaración y exactitud de la declaración****,* significa que los encausados tengan plena conciencia (entendimiento) de los siguientes aspectos: *a)* De los cargos en su contra, b) la naturaleza del delito que se le imputa, *c)* La renuncia a sus derechos contra la auto incriminación y al juicio por jurado, que implícitamente conlleva formular un pedido (*plea*); y, *d)* Las consecuencias de su pedido, es decir, que

al menos conoce el máximo, y a veces el mínimo, de las penas que podrán ser impuestas, y ***iii) Exactitud de la declaración***; es decir, la necesidad de que el Juez determine que hay una base fáctica para la declaración.

En ese sentido, agrega Salinas (2011) que: "Los jueces deben determinar si los *pleas of guilty* (pedidos de ser considerado culpable), se sustentan en hechos ciertos, con este fin, realizan una indagación *(inquiri)* en la que preguntan al encausado si está conforme con los hechos propuestos por el Fiscal, además, es frecuente que consulten los informes de *presentencia* que para el caso se elaboren" (p. 41).

Por su parte, Jerold et al. (2012) citando lo afirmado por el Tribunal Supremo en el caso *BRADY v. UNITED STATES*, señala:

> El reconocimiento de culpabilidad realizado por un sujeto plenamente consciente de las consecuencias directas que implica, incluyendo el valor real de cualquier promesa que se haga por el tribunal, el fiscal o su propio abogado, debe mantenerse a menos que fuera inducida por amenazas (o promesas de desistir de un acoso improcedente), por una errónea tergiversación de los hechos (incluyendo promesas incumplidas o imposibles de cumplir), o quizá por promesas que por su naturaleza son deshonestas por no tener relación con las funciones del fiscal (por ejemplo, sobornos). (p. 905)

Finalmente, el profesor Arbulú (2015) advierte que, "el tribunal debe cerciorarse, por la investigación del acusado o el abogado del gobierno, o mediante el examen del informe previo, o de cualquier forma que la conducta que admite el acusado constituye el delito imputado en la acusación (…) Esta regla es un símil a la que usamos en nuestros sistemas procesales que no basta la autoincriminación para emitir una sentencia de condena, sino prueba adicional que la corrobore. No aplica a confesión de parte relevo de prueba" (pp. 643-644).

Por lo tanto, para que el juez pueda considerar válida la declaración de culpabilidad por parte del acusado debe cerciorarse de que ésta sea

voluntaria, exacta e inteligente (es decir, el acusado debe tener pleno conocimiento del delito y de los cargos que se le están imputando, así como las consecuencias que traerán consigo su declaración de culpabilidad); asimismo, el juez debe verificar que existen suficientes elementos de convicción que amparan la existencia del hecho delictivo y la culpabilidad del acusado. Conforme lo refiere el profesor Arbulú, éste trabajo que realizan los jueces norteamericanos, para aceptar como válida la declaración de culpabilidad del acusado en el *plea bargaining,* es prácticamente el mismo procedimiento que realizan nuestros jueces peruanos para aceptar o rechazar un pedido de terminación anticipada.

3.5.3. Consecuencias de la aceptación del guilty plea.

Tal como lo señalan Barona (1994) y Rodríguez (1997), en el momento en que el acusado se declare culpable está renunciando a varios derechos constitucionales, como el privilegio a no declarar contra sí mismo, el derecho a tener un careo con sus acusadores y su derecho a un juicio. Está admitiendo todos los hechos de los cuales se le acusan y que se encuentran en el *indictment* o en la *information,* no necesitándose ninguna prueba más para condenarle. El Estado queda exento de la celebración de un proceso que puede ser largo y costoso.

3.5.4. Etapa de negociación: Rol que desempeña cada sujeto procesal.

a) El abogado defensor

Al respecto es importante resaltar lo referido por Rodríguez (1997), quien refiere: "La Constitución de los EE.UU. reconoce el derecho de todo acusado en un procedimiento criminal a ser asistido por un abogado para ser defendido[42] (y en el caso de que éste sea *indigent*, a que el Estado le proporcione uno), cumpliendo la función de garantizar que su defendido tenga

[42] La renuncia a este derecho constitucional ha sido reconocida por la *Suprema Court,* siempre que ésta sea *"competently and intelligently"*, es decir, que los acusados pueden elegir libremente renunciar a su abogado y defenderse a sí mismos solamente después de que el Juez haya investigado y esté seguro de que el acusado conoce los peligros y desventajas de defenderse a sí mismo, ya que como se dice en *Kirby v. Illinois, "... a defendant finds himself faced with the prosecutorial forces of organized society".* RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. (1997). *"La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado".* Salamanca-España: Ediciones Universidad de Salamanca. P 55.

todos los derechos y garantías reconocidos en las leyes (entre otros, *his rights to trial by jury, to confront his accusers, to stand mute*,…), incluyendo la posibilidad de declararse culpable" (p. 52).

De forma semejante, Barona (1994) observa que: *"*Abogado y cliente deben discutir los contenidos del posible acuerdo con el M.P., teniendo en cuenta que la no aceptación del ***bargaining*** puede siempre suponer la posibilidad de conseguir un veredicto de inocencia en el juicio oral. Naturalmente hay que barajar la posibilidad de que, de no aceptar el ***plea bargaining***, se está corriendo el riesgo de obtener una condena a pena más grave de aquella ofrecida en el acuerdo*"* (p. 71).

Jerold, et al. (2012), haciendo referencia al caso BORDENKIRCHER v. HAYES, donde el Tribunal Supremo resalta la participación del abogado defensor en las negociaciones, refiere: *"*El reconocimiento público de esta práctica previamente clandestina ha llevado a este Tribunal a reconocer la importancia del abogado defensor durante las negociaciones, la necesidad de un acta pública en la que se indique que la conformidad se hizo de forma consciente y voluntaria y la exigencia de que debe mantenerse la promesa hecha por el fiscal en la negociación*"* (p. 895).

De otro lado Rodríguez (1997), nos explica el momento en que la defensa debe iniciar las negociaciones con el *prosecutor*, a efectos de obtener concesiones beneficiosas a favor de su cliente. Así, señala:

> Las negociaciones comenzarán tan pronto como el *defendant* sea acusado, o incluso antes. El *prosecutor* y el *defendant* son los que comienzan estos contactos, que no tendrán ninguna formalidad especial. En el caso de que el *prosecutor* no inicie las negociaciones, el abogado tendrá que esperar el momento oportuno y tendrá que ser él el que la busque ofreciendo a la acusación la declaración de culpabilidad de sus clientes a cambio de concesiones. Para ser efectiva su defensa deberá convencer al Ministerio Público de que no se encuentra intimidado, que puede llevar y llevará el caso

> a juicio en el caso de que no se haya alcanzado un buen acuerdo, porque para él el juicio es la parte más importante del proceso donde podría llegar a demostrar la inocencia de su cliente" (p. 60).

En esa línea de ideas, agrega Rodríguez (1997): *"*El letrado deberá comunicar a su defendido las ofertas que haya recibido por parte de la acusación, ya que normalmente éste no estará presente en el momento en que las negociaciones se realicen puesto que podría hacer afirmaciones incriminatorias para él que le podrían perjudicar. También el propio acusado será el que deba decidir si acepta o no el acuerdo alcanzado*"* (p. 61).

En suma, por ley el acusado tiene derecho a un abogado defensor ya sea particular o público. En manos del defensor recaerá la evaluación del caso en concreto – especialmente de las pruebas obrantes en la carpeta fiscal - y de acuerdo a tal estudio deberá aconsejar a su cliente si le conviene o no declararse culpable. La estrategia de la defensa siempre irá en mira de una reducción de cargos o la imposición de una sanción benévola.

b) Ministerio Público (prosecutor)

Para Barona (1994): "La función del Fiscal en el *plea bargaining* es verdaderamente importante, como lo es en todo el proceso penal americano. El principal agente sancionador no va a ser el juez, como señala FEELEY, sino realmente el Fiscal, que va a ejercitar no sólo su función tradicional de la discrecionalidad para imputar cargos, sino que además va a determinar la culpabilidad y la pena. Su papel como negociador va a ser extraordinario, dado que va a llegar a hacer concesiones, recomendaciones o promesas, a cambio de una declaración de culpabilidad*"* (pp. 70-71).

Bajo esa misma línea de ideas, Rodríguez (1997) refiere: *"*El Ministerio Público es la autoridad que goza del monopolio de la acusación y actúa con ilimitada discrecionalidad a la hora de imputar cargos, determinar la culpabilidad y fijar la pena; su papel es fundamental, "*su influencia impregnará la justicia criminal por completo*", eclipsará al Juez en su función sancionatoria ya que éste seguirá en la mayoría de las ocasiones sus recomendaciones, aunque, como

no podía ser menos, no usurpará oficialmente su autoridad para condenar y dictar sentencia*"* (pp. 62-63).

Por su parte, Olaizola (2010) indica que, "las opciones para la fiscalía son casi ilimitadas, puesto que no solo pueden ofrecer la reducción de la pena, sino también su sustitución o el cambio de imputación" (p.16).

En suma, como se puede apreciar el fiscal norteamericano cuenta con amplias facultades al momento de negociar con la defensa del acusado; pues a cambio de obtener una declaración de culpabilidad por parte del acusado, podrá ofrecerle desde una reducción de pena hasta la supresión o sustitución del o de los cargos imputados en su contra: *"Una verdadera negociación"*. Situación contraria sucede en el caso peruano, pues el fiscal peruano no realiza una verdadera negociación -como sucede en el *plea bargaining*- ya que a cambio de que el procesado acepte los cargos imputados, únicamente puede ofrecerle lo que la ley ya tiene fijado para él. Esto es, la reducción de un sexto de la pena o si en caso correspondiese le podría sumar el beneficio por confesión sincera, pero bajo ningún supuesto, podría sustituirle la imputación por otra; o peor aún, si se le imputa varios delitos, jamás podrá ofrecerle la supresión del delito más grave con tal que se declare culpable por el delito más leve.

Finalmente, es necesario resaltar que el Ministerio Público no tiene la obligación de negociar, así lo ha establecido la *Supreme Court* en reiterada jurisprudencia estatal y federal, bajo el fundamento de que no existe derecho constitucional que obligue al *prosecutor* a resolver un caso negociando si quiere hacerlo llegando a juicio (Rodríguez, 1997).

c) Juez

Al respecto Rodríguez (1997), refiere:

> El juez tendrá como función aceptar o no el acuerdo alcanzado entre el imputado y el Ministerio Público, pero previo a aceptar el *plea* tiene como obligación informar al acusado de los cargos que existen en su contra, para

> lo cual deberá dirigirse personalmente hacia él, preguntándole si entiende la imputación que le está realizando el *prosecutor*. Seguidamente, el Juez deberá preguntar al acusado si tiene conocimiento de que al declararse culpable está renunciando a una serie de derechos constitucionales que de otro modo podría ejercer, puesto que su desconocimiento haría que su *plea* no fuera *voluntary* ni *intelligent;* asimismo, verificar que tal declaración de culpabilidad no es realizada bajo coacción.

El mismo autor, agrega que, "la *Rule II (e) (I)* no deja lugar a dudas y prohíbe con toda firmeza la participación del Juez en las mismas" (Rodríguez, 1997, p. 81).

En efecto, como apunta Barona (1994), sobre el órgano jurisdiccional va a recaer la decisión de si acepta o no la confesión del inculpado, debe constatar que esta declaración sea voluntaria y exacta. Para la aprobación o no del consenso el juez puede solicitar informes, recabar algunos testimonios a fin de convencerse de que el imputado no va a lamentar sobre su declaración de culpabilidad y que el acusado no tiene duda alguna al respecto[43].

---

[43] En el *plea bargaining*, existe una polémica muy interesante respecto a la participación activa del juez en las negociaciones. Hay autores que señalan que el juez no debe negociar directamente con la defensa y otros que afirman que resulta necesario e importante su participación, veamos brevemente estas dos posturas en contra.

En cuanto a la postura en contra, se sostiene que el juez no debería intervenir en las negociaciones que la fiscalía y la defensa realizan, debería dejar libre a las partes para que sean ellas las que negocien. Se va trasgredir su imparcialidad
El juez no tiene conocimiento de muchas circunstancias que rodea a la declaración de culpabilidad del imputado, las condiciones de la víctima, la *probation*, entre otros.
Inicialmente la American Bar Association (Colegio de abogados de los EE.UU), habría condenado este hecho. En 1966 elaboró unas Standars for Criminal Justicie, donde señalaba que el juez no debería participar en las negociaciones.

Y la crítica más fundada es que el acusado con la presencia del juez estará sometido a fuertes presiones para que se declare culpable, cuando el juez le diga que podría imponerle una pena más grave si no se declara culpable y acepta el acuerdo.

En cuanto a la postura a favor, se ha sostenido que: la participación del juez en el consenso saca a la luz los verdaderos motivos que dieron lugar al acuerdo, garantiza el normal desarrollo del procedimiento del plea bargaining.

Otros sostienen que la participación del juez en este procedimiento es inevitable debido a que a él le corresponde imponer la pena, no encontrándose vinculado a la solicitud de la acusación. Y el ejercicio

En el caso peruano, la participación del juez es la misma que se observa en el país americano, ya que el juez peruano al igual que el estadounidense, únicamente realizará un control de legalidad (en el Perú, el control de legalidad se realiza tanto en el extremo penal como en el civil) a fin de aprobar o desaprobar el acuerdo arribado entre las partes, para ello deberá verificar que existen suficientes elementos de convicción que amparen su declaración de culpabilidad, así como también que el imputado no está siendo coaccionado y comprende las consecuencias de su declaración de culpabilidad.

d) Acusado.

Al respecto, Barona (1994) señala:

> Normalmente el acusado intervendrá en el consenso a través del defensor. Ello significa que su presencia no va a ser necesaria a fin de que se llegue a la negociación, dado que su representante –abogado defensor- va a ser el que va a actuar en su nombre, representando, al menos teóricamente, los intereses de su cliente.
>
> Puede suceder que, llegado al consenso y presentado éste ante el juez, no sea aprobado por el mismo. En este caso el imputado va a encontrarse con las siguientes posibilidades:
>
> **1.** Podrá revocar su declaración de culpabilidad y, en consecuencia, el **guilty plea** no puede ser usado en su contra como confesión o admisión de responsabilidad.

---

de estos poderes puede llevarse a cabo de forma más favorable al imputado, imponiendo una pena menor de la acordada en sede del consenso.

Ya en 1980 la American Bar Association que al inicio cuestionó fuertemente la participación activa del juez, terminó aceptando y reconociendo cierta participación de este sujeto en las negociaciones. Debe recordarse que en ciertos ordenamientos estatales el juez participa activamente en la consecución del acuerdo, usando para ello toda su influencia posible.

En todo caso, la participación del juez podrá ser explícita (a través de una activa negociación con el acusador y el fiscal) o implícita (a través de la imposición de una condena menos severa de la que se hubiera impuesto al reo de entrar en juicio). (Barona,1994).

> **2.** O puede arriesgarse y presentarse ante el juez sin retractarse de su declaración de culpabilidad[44]. (pp. 71-72)

Por su parte, Butrón (1998) refiere que, "generalmente el acusado va a estar representado en las negociaciones a través de su abogado, aunque no por ello deja de ser un protagonista clave, ya que a él va a corresponder la última palabra sobre la aceptación del acuerdo, debiendo firmarlo en caso positivo y ratificar personalmente su declaración de culpabilidad ante el Juez. Pero también puede tomar parte en las negociaciones por sí mismo, puesto que el derecho a estar representado por un abogado es un derecho constitucional al que perfectamente puede renunciar" (p. 123).

3.6.- Tratamiento de la víctima en el "plea bargaining".

Se ha excluido el tratamiento de la víctima del apartado de "*Etapa de negociación: Rol que desempeña cada sujeto procesal",* debido a que la víctima no cuenta con participación alguna en el *"plea bargaining".* Como se verá más adelante, su intervención en la negociación es totalmente nula; en ese sentido, consideré pertinente analizar lo concerniente a su tratamiento en el proceso penal norteamericano, en un ítem aparte.

Luego del estudio realizado tanto a la regla 11 como a la regla 60 del *Federal Rules Of Criminal Procedure*, referidas a los *pleas* (*pedidos o súplicas*) y a los *Rights of the victim (derechos de las víctimas),* respectivamente, se puede afirmar que la víctima no cuenta con participación alguna en el *plea bargaining*. En la redacción de la regla 11 (*tratamiento de los pleas*), el legislador estadounidense no ha incorporado la intervención de la víctima bajo ningún supuesto; la víctima, únicamente tiene derecho a ser escuchado por el

[44] Cabe pensar en la posibilidad de que el acusado pudiendo retractarse de su declaración de culpabilidad (*guilty plea*) no lo hiciese, algo verdaderamente infrecuente, lo que vendría a confirmar que dicha declaración por sí sola tiene una consideración independiente de la negociación, aunque lo normal sea que se derive de la misma. Para esos supuestos, escasísimos en la práctica forense, el *guilty plea* opera como si se tratase de una prueba anticipada de confesión de carácter privilegiado que precipita la finalización del proceso mediante sentencia que se dicte (Butrón, 1998, p. 124).

Tribunal, antes de la emisión de la Sentencia, pero de ningún modo ello va a influenciar en el acuerdo arribado entre el fiscal y la defensa del acusado.

Los derechos de la víctima se encuentran regulados en la regla 60, que son de aplicación para todo tipo de proceso. Veamos, qué derechos se le reconoce a la víctima en *The Federal Rules Of Criminal Procedure*:

> Regla 60. Derechos de la víctima
>
> (a) **En general**.
>
> (1) *Notificación de un procedimiento*. El gobierno debe hacer todo lo posible para dar a la víctima una notificación razonable, precisa y oportuna de cualquier procedimiento judicial público relacionado con el delito.
>
> (2) *Asistir al procedimiento*. El tribunal no debe excluir a una víctima de un procedimiento público en el tribunal que involucre el delito, a menos que el tribunal determine mediante pruebas claras y convincentes que el testimonio de la víctima se alteraría materialmente si la víctima escuchara otro testimonio en ese procedimiento. Al determinar si se debe excluir a una víctima, el tribunal debe hacer todo lo posible para permitir la mayor asistencia posible de la víctima y debe considerar alternativas razonables a la exclusión. Los motivos de cualquier exclusión deben indicarse claramente en el registro.
>
> (3) *Derecho a ser escuchado en la liberación, una súplica o sentencia*. El tribunal debe permitir que una víctima sea escuchada razonablemente en cualquier procedimiento público en el tribunal de distrito con respecto a la liberación, declaración o sentencia que involucre el delito.
>
> (b) **Cumplimiento y limitaciones**.
>
> (1) *Tiempo para decidir una moción*. El tribunal debe decidir de inmediato cualquier moción que afirme los derechos de la víctima descritos en estas reglas.

> (2) *Quién puede afirmar los derechos*. Los derechos de una víctima descritos en estas reglas pueden ser reivindicados por la víctima, el representante legal de la víctima, el abogado del gobierno o cualquier otra persona autorizada por 18 USC §3771 (d) y (e).
>
> (3) *Víctimas múltiples*. Si el tribunal determina que el número de víctimas hace que sea impracticable otorgarles a todos sus derechos descritos en estas reglas, el tribunal debe diseñar un procedimiento razonable que dé efecto a estos derechos sin complicar o prolongar indebidamente los procedimientos.
>
> (4) *Dónde se pueden hacer valer los derechos*. Los derechos de una víctima descritos en estas reglas deben hacerse valer en el distrito donde el acusado está siendo procesado por el delito.
>
> (5) *Limitaciones al alivio*. Una víctima puede moverse para volver a abrir una declaración u oración solo si:
>
> (A) la víctima solicitó ser escuchada antes o durante el procedimiento en cuestión, y la solicitud fue denegada;
>
> (B) la víctima solicita al tribunal de apelaciones una orden de mandamus dentro de los 10 días posteriores a la denegación, y se le otorga la orden; y
>
> (C) en el caso de una declaración de culpabilidad, el acusado no se ha declarado al delito más alto acusado.
>
> (6) *Sin nuevo juicio*. El hecho de no permitirle a la víctima ningún derecho descrito en estas reglas no es motivo para un nuevo juicio.

En conclusión, la víctima tiene "*derecho a que se le notifique"* sobre el procedimiento, tiene "*derecho a asistir al mismo"* -pero conforme se encuentra regulado su derecho a asistir al procedimiento, únicamente puede asistir a fin de presenciarlo, sin facultad alguna para participar en las actuaciones-, y finalmente "*a ser escuchado por el Tribunal*", antes de la emisión de la sentencia. Pero, si por alguna razón la víctima no puede ejercer los derechos antes descritos, tal situación de ningún modo será motivo para llevar a cabo

nuevamente el juicio. En buena cuenta, si se efectiviza o no los derechos de la víctima, en nada modifica el procedimiento penal que va a determinar la responsabilidad del acusado.

Aunado a los derechos reconocidos en la regla 60, se tiene la regla 32 -*referente a la sentencia y juicio*-, donde nuevamente se advierte que la víctima tiene derecho a ser escuchada antes de la emisión de una sentencia por parte del tribunal, así tenemos que la *Federal Rules Of Criminal Procedure* a la letra señala:

> Regla 32. Sentencia y juicio
>
> **(i) Sentencia**
>
> **(…)**
>
> (4) *Oportunidad para hablar*
>
> (B) Por una víctima. Antes de imponer la sentencia, el tribunal debe dirigirse a cualquier víctima del delito que esté presente en la sentencia y debe permitir que la víctima sea escuchada razonablemente.

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que, de la lectura de los derechos reconocidos a la víctima, en el ordenamiento jurídico americano, a este sujeto procesal –únicamente- se le ha otorgado derechos sumamente básicos, que poco o nada le favorecen para que pueda participar activamente al interior del proceso penal y peor aún en el *plea bargaining*.

Al respecto, de manera muy acertada, Rodríguez (1997) asevera que el *plea bargaining process* se caracteriza por una eliminación total de la participación de la víctima en las negociaciones. Las negociaciones se realizaban entre el *prosecutor* y el *defense counsel*. Aquí el Ministerio Público actúa y ofrece concesiones sin contemplar las necesidades o preferencias de la víctima, se le permite manifestar sus pretensiones, pero de manera informal, siendo que al final tal requerimiento no es acogido por el Ministerio.

Conforme lo he señalado, anteriormente, el Ministerio Fiscal cuenta con una amplia discrecionalidad a fin de realizar acuerdos negociados con la defensa del acusado, puede llegar a acordar sobre los hechos, sobre la pena e incluso

sobre los cargos que se le imputa al acusado; es decir, puede hasta dejar de acusar por un delito grave y solo imputar un delito menor, con la sola finalidad de obtener una *"declaración de culpabilidad"* a fin de culminar rápidamente sus casos; incluso hasta puede decidir no acusar con tal de que el imputado se convierta en un delator. En síntesis, puede hacer cuanto desee con la acusación, sin tomar en cuenta las consideraciones de la víctima. No advierten que la justicia no es la misma, si se mira de distintos ángulos y mucho menos desde el cristal de la víctima.

Algunos autores, han intentado dar una explicación al porqué de la exclusión de la víctima en el proceso penal norteamericano, indicando que si a la víctima no se le otorga facultades para participar, es debido al temor de la fiscalía de que ella pueda entorpecer la culminación de sus casos; pues entienden que –como es evidente- se opondrían a los acuerdos a los que arribe el fiscal con la defensa, como por ejemplo, como cuando decide no acusar por un delito grave y únicamente imputar un delito menor. Y como para no decir, que a la víctima no se le reconoce ningún derecho, en el proceso penal americano, se resalta el *"derecho a ser oído"* por el Tribunal y el Gran Jurado, antes de la emisión de la sentencia. Pero, está demás incidir nuevamente, que es un derecho sin contenido, un derecho en vacío, que en nada cambiará el acuerdo al que arribó el fiscal con la defensa del acusado.

En ese sentido, Rodríguez (1997) señala: "Los *prosecutors* creen que la intervención de las víctimas dilataría los procedimientos y muchas veces haría ineficaces los acuerdos alcanzados con los acusados y sus defensas; su intervención daría lugar a confrontaciones y haría que los acusados se inclinaran por ir a juicio puesto que verían que los Jueces serían poco dispuestos a aprobar los acuerdos con la disconformidad de las víctimas, con lo que se produciría la congestión del sistema" (p. 88).

En ese contexto, Barona (1994) reflexiona sobre qué papel ***debería*** tener la víctima en el *plea bargaining*, por lo que sostiene que, "el derecho más significativo que puede llegar a tener la víctima es el de participar en la decisión de la negociación" (p. 73).

La autora española nos explica cuáles son los intereses de las víctimas para participar en el *plea bargaining,* indicando que tiene dos intereses en la decisión:

> a.- Intereses de la víctima
>
> I. Interés financiero. La víctima está interesada en que la restitución forme parte de la sentencia. De este modo en un **charge bargaining** la víctima quiere asegurar que el defensor defienda el caso de forma suficientemente seria como para conseguir la restitución; y en el **sentence bargain,** la víctima quiere abogar por la concesión de una restitución.
>
> II. Interés retributivo o de venganza. La víctima se siente ultrajada y desea que el autor del hecho reciba su castigo.
>
> En todo caso, la víctima va a poder participar con el juez o con el fiscal, vía consulta. Ante esta posibilidad de ser, de alguna forma, representada la víctima a través del juez o del fiscal, puede afirmarse, con WELLING, que es preferible la participación a través del juez por tres tipos de razones:
>
> 1) El papel del fiscal, tanto en el plea bargaining como en cuanto actúa como acusador, es el de representar a la sociedad. La víctima, frente a esto, se representa a sí misma. El interés de la sociedad y el de la víctima no son siempre idénticos, lo cual lleva a plantear hasta qué punto realmente pueden considerarse defendidos los intereses de la víctima con la actuación del fiscal.
> 2) La participación de la víctima a través del juez es preferible a la participación a través del fiscal porque estudios empíricos, hechos al respecto, indican que existen evidentes desmotivaciones institucionales en el fiscal para actuar en defensa de los intereses de la

víctima. Por ejemplo, una de ellas es la de que la participación de la víctima disminuye el poder del fiscal.

3) La participación de la víctima a través del juez es mejor porque uno de los aspectos realmente importantes para la víctima es el afectivo, y de esa forma es mejor cuando la víctima se persona directamente ante el juez que cuando lo hace ante uno de los litigantes.

b.- Intereses de la sociedad

La propia sociedad está también interesada en que la víctima tenga participación en el **plea bargaining,** por cuanto la participación de la víctima va a suponer una mayor aportación y obtención de información a efectos de dictar la sentencia; y además supone la mejora del funcionamiento efectivo del sistema de justicia penal.

c.- Interés de la acusación

Existe cierto escepticismo respecto de la intervención de la víctima en el **plea bargaining** por parte de la acusación pública, por cuanto se teme que con su intervención se va a impedir, en muchos casos, la eficacia de estos acuerdos. Sin embargo, un estudio empírico de esta situación demuestra que la participación de la víctima no es destructiva ni perjudica los intereses del proceso, ni provoca la lentitud del mismo, ni supone una disminución de negociaciones.

d.- Interés de la defensa

Ninguno de los derechos a la defensa viene aempañarse por la intervención de la víctima en la negociación, y sobre todo no va a afectar para nada el derecho constitucional del contradictorio y del **cross-examination".** (Barona, 1994, p. 73-75)

Bajo la misma postura, Butrón (1998) refiere que:

> (…) para una adecuada defensa de los intereses que la víctima puede tener en el *plea bargaining,* un derecho sustancial sería el de participación en el procedimiento de formalización antes de que la solución negociada sea aceptada, pudiendo alegar ante el Tribunal lo que estime conveniente en pro de dichos intereses, traduciéndose esto en una posición activa a diferencia de los anteriores derechos. Además, esa participación beneficiaría también a la propia sociedad por cuanto ello proporciona una mayor información respecto de caso, promueve un efectivo funcionamiento del sistema de justicia penal, facilita el que los fiscales actúen más responsablemente no haciendo excesivas concesiones, y, en definitiva, puede ayudar a legitimar el *plea bargaining* en la opinión pública, lo que de por sí ya sería una muy importante contribución.
>
> (…)
>
> Puede concluirse que, hoy en día y en el mejor de los casos, el papel de la víctima en el *plea bargaining* norteamericano no pasa de una mera audiencia, muchas veces rutinaria, a la hora de dictar la correspondiente sentencia. Estamos ante la gran olvidada en el complejo engranaje que abordamos, ya que se puede hablar de ciertos "beneficios" para el Fiscal, para el acusado y, naturalmente, para el Estado, pero en la negociación raramente se tendrá en cuenta el auténtico perjuicio de la víctima, y, únicamente, una actitud responsable del órgano jurisdiccional en la formalización del acuerdo puede compensar el olvido legal a la hora de tener presentes los intereses de la víctima. (pp. 130-132)

Debido a la notable exclusión de la víctima en el proceso penal, en los últimos años ha cobrado gran auge en EE. UU el estudio de la víctima y de los testigos, es decir, la ciencia de la victimología. En la medida en que el papel que éstos tienen en el juicio oral es realmente importante, no puede olvidarse el peligro que para ellos puede comportar el *plea bargaining***,** ya que en estos casos el proceso finaliza por acuerdo entre acusación y defensa fuera de la sede del juicio oral. Es evidente que habrá que contar con ellos a efectos del mantenimiento y defensa de un instituto como el *plea bargaining*" (Barona, 1994, p. 60).

De otro lado, se tiene lo sostenido por Butrón (1998), quien afirma que, *"*la víctima tiene un interés de carácter económico, consistente en la indemnización que pudiera ser impuesta en la sentencia. Y es obligado aclarar que esa posible indemnización o restitución tienen la consideración de sanciones adicionales contenidas en la sentencia, pero no son el resultado del ejercicio de la acción civil ejercitada en el proceso penal, como sucede en nuestro sistema. Ello supone que, tras el correspondiente proceso penal por unos hechos determinados, siempre será posible acudir a un proceso civil subsiguiente. Además, tendrá un interés de carácter retributivo o de venganza, por cuanto quiere que el castigo sea lo suficientemente ejemplar para el agresor. Puede hablarse, pues, de un doble interés en la negociación por parte de la víctima*"* (p. 130).

Finalmente, Salinas (2011) nos explica el porqué de esta exclusión de la víctima en el ámbito de las negociaciones en el *plea bargaining.* Aseverando que esta situación se justifica en la separación de la pretensión civil del proceso penal, la negociación se circunscribe únicamente a la pena, de esta manera se evitaba que un tercero a la pretensión penal (agraviado) pueda atacar u oponerse al acuerdo y pena que se imponga.

En definitiva, en el Derecho procesal penal estadounidense la víctima no cuenta con facultades para participar activamente en el proceso penal y mucho menos en el *plea bargaining;* conforme lo referido por la regla 11 y 60, el derecho más importante que tiene la víctima, es el derecho a ser oído por el Tribunal, antes de la emisión de la sentencia, ya sea que el caso acabe mediante un proceso común o a través del *plea bargaining*. La explicación que

algunos autores han encontrado a esta situación, es que debido a que, en el proceso penal norteamericano, no existe dualidad de pretensiones (*civil y penal*), sino únicamente se discute la responsabilidad penal del acusado, el derecho de la víctima, a ser resarcido o indemnizado queda expedito para ejercerlo en la vía civil, no existiendo vulneración alguna de sus derechos bajo dicho supuesto.

Sin embargo, conforme lo ha señalado Barona, la víctima en el proceso penal no sólo cuenta con el interés de verse resarcido por el daño causado, sino su interés también incide en que se haga justicia y no sólo una justicia desde la perspectiva civil, sino que se haga justicia desde el ámbito penal; es decir, que se imponga al acusado la pena que le corresponde conforme al delito que ha cometido. Si bien, el fiscal también representa a la víctima, en principio él representa a la sociedad; y, no siempre los intereses de la sociedad coinciden con los intereses de la víctima, más aún cuando el fiscal en su afán de culminar los casos a su cargo, no mira a la justicia desde la perspectiva de la víctima y como consecuencia de ello termina acordando penas muy por debajo de lo que debería corresponderle al acusado. En este escenario, la víctima se siente olvidada y relegada por la administración de justicia. Es por ello que muchos autores consideran que debe dársele participación a la víctima en el proceso penal, pues su participación antes de ser negativa, coadyuvaría a que la justicia penal americana, tenga mejor aceptación y reconocimiento por la sociedad.

Situación parecida ocurre en el proceso penal peruano, pues en el capítulo en donde se sistematiza la terminación anticipada, la víctima no cuenta con reconocimiento para participar en el acuerdo negociado. Pues, tal como se encuentra regulado –actualmente- en el artículo 468°[45], quien realiza el

[45] Art. 486° del Código Procesal Penal de 2004

(…)

Inciso 2 del artículo 468° del Código procesal penal de 2004: El fiscal y el imputado podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales (…).

(…)

Inciso 5 del artículo 468° del Código procesal penal de 2004: Si el fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva

acuerdo en cuanto a la pena y la reparación civil, es el Ministerio Público. A la víctima, únicamente se le permite apelar la sentencia de terminación anticipada en el extremo civil. En buena cuenta, la víctima no tiene derecho a participar en la terminación anticipada, únicamente se le reconoce el derecho a apelar, sino está de acuerdo con la reparación civil impuesta a su favor.

La no participación de la víctima en el proceso penal norteamericano es justificable y entendible, debido a que ellos no tienen una dualidad de pretensiones en su proceso penal, en su proceso penal sólo discuten el tema penal y no el extremo civil. Sin embargo, en el Perú la exclusión de la víctima en el proceso especial de terminación anticipada, no encuentra fundamento alguno, pues nuestro sistema penal, por economía procesal permite realizar dos tipos de pretensiones, una de corte penal *(ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, salvo excepciones como en los delitos contra el honor)* y otra de corte civil *(ejercida por el actor civil*[46]), salvo que la víctima haga de conocimiento que desea hacer valer su derecho en la vía civil[47].

En ese sentido, llama la atención, que el legislador haya omitido incorporar la participación del actor civil en la etapa de negociación en la terminación anticipada, cuando en el inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004, ha indicado de manera clara que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso. Tal omisión, va en contra de las facultades que el propio legislador ha otorgado al actor civil, a efectos de que participe activamente en distintas etapas del proceso – conforme lo hemos desarrollado en el Capítulo III- y cómo no hacerlo en un estadio crucial, donde todo el proceso se reduce a una única audiencia. Por lo que, siendo ello así, resulta sumamente ilógico pensar que la víctima no pueda participar en las negociaciones de la terminación anticipada (Barzola, 2019).

---

conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva (…)

[46] Si el agraviado no se constituye en actor civil, quien ejercerá la pretensión civil será el Ministerio Público.

[47] En la práctica judicial, algunos fiscales notifican a la parte agraviada a fin de que pueda participar del acuerdo provisional de terminación anticipada, pero su pretensión debe coincidir con la del fiscal, pues sino el fiscal en audiencia hará manifestar su postura – contraria a la del agraviado- y como siempre sucede, el juez terminará aceptando lo solicitado por el fiscal, más no por el agraviado.

Finalmente, el derecho de la víctima desde la perspectiva civil, en el proceso penal norteamericano se ve garantizado, porque el objeto civil del proceso no se discute en el ámbito penal, por lo que desde esa perspectiva no se le vulnera derecho alguno. Sin embargo, la víctima peruana no corre la misma suerte, porque su exclusión y reemplazo por parte del fiscal, termina vulnerándole diversos derechos fundamentales, como son: *a) la tutela jurisdiccional efectiva b) el derecho a ser oído, c) el derecho a la igualdad de armas y d) el derecho de defensa* (Barzola, 2020, pp. 288-289).

3.7.- Argumentos a favor y en contra del plea of guilty

3.7.1. Postura de los defensores del plea bargaining:

Al respecto, Rodríguez (1997) haciendo referencia a los defensores del *plea bargaining* señala que, "según los defensores, el *plea bargaining* es un procedimiento simple y rápido que va a favorecer el desarrollo del principio de economía procesal, que va a permitir la pronta definición y la resolución de la mayoría de los procesos penales, con lo que beneficia tanto económica como temporalmente a todos los participantes. Tienen una concepción puramente estajanovista de la administración de la Justicia, en donde el ahorro de tiempo y dinero es lo que prima" (p.95).

Para Fernández (s/d): *"*El *plea bargaining* también tiene un lado positivo. Esta figura beneficia a todas las partes del proceso, sobre todo al acusado, quien es el que decide básicamente con su conformidad. Asimismo, el principio de economía procesal es otro beneficio que conlleva la aplicación del *plea bargaining*, pues con él se evita la realización de ciertos actos procesales durante el juicio oral, a cambio de desarrollar todo el proceso penal*"* (pp. 210-234).

*"*De otro lado, aparecen quienes piensan que las negociaciones son necesarias y hasta deseables, como considera la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, pues entiende que ningún sistema penal contemporáneo podría hacer frente a la inmensa criminalidad en el mundo sin

acudir a mecanismos utilitarios que contribuyan en su labor*”* (Montañez, 2013, pp. 65-83).

Por su parte Barona (1994), indica que el consenso trae consigo beneficios a todas las partes que intervienen en el proceso. El imputado ya no tendrá que ir a juicio oral, obtendrá una pena más leve, recae en las manos del imputado decidir sobre el proceso a seguir. Así, se tienen los siguientes beneficios: *i)* En cuanto al *prosecutor*, se le reduce el trabajo, la carga procesal; *ii)* Respectodel *defensor*, culmina con rapidez sus casos y obtiene un pronto pago, debidoa ello termina convenciendo a su patrocinado de que se declare culpable; *iii)* Al *juez* también le beneficia en cuanto a las vistas a su cargo y la pronta culminación de cada caso con una sentencia conformada; y, finalmente *iv) Seve favorecido el principio de economía procesal*, debido a que se suprime trámites procesales posteriores, especialmente el juicio oral.

3.7.2. Postura de los que están en contra del plea bargaining

El autor español Rodríguez (1997), quien es uno de los que se encuentra en contra de esta institución procesal, basa su postura en las siguientes razones:

> *i)* Violación al principio de igualdad, ello debido al gran margen de discrecionalidad por parte del Ministerio Público, el mismo que puede tratar discriminadamente a sujetos con idéntica responsabilidad criminal. *ii)* Subvención del principio de legalidad, el acuerdo consensuado al que se llega es la causa de la atenuación del rigor sancionatorio, que perjudica tanto a las exigencias de la prevención general como a las de la especial. *iii)* Desaparición de las genuinas funciones de los sujetos, con grave peligro de desjudicialización. Pues se ha pervertido y trivializado el proceso de acusar y condenar al permitirse que los *prosecutors* puedan acusar con total libertad y que los acusados puedan ser condenados por unos hechos que nada tienen que ver con los del caso; no existe unanimidad de criterios de

> negociación; no hay uniformidad en los supuestos en que se aceptan las *pleas of guilty* y aquéllos otros en los que no se acepta la fórmula consensuada, e incluso se tiene la sensación de que la función jurisdiccional de los Jueces se ha traspasado a los *prosecutors;* las víctimas presencian con frustración y perplejidad como los acusados reciben unas sentencias atenuadas; y finalmente, los delincuentes usan y abusan del ordenamiento jurídico, "… se vuelven cínicos hacia el sistema de justicia e inmunes a la rehabilitación cuando ven que el dinero y un poco de suerte les puede conducir a la obtención de una sentencia reducida". *iv)* Se desconoce la certeza de la prueba de cargo. *v)* Tratamiento discriminatorio respecto de los que deciden ir a juicio. La pena termina siendo mayor para aquellos acusados que deciden ejercer su derecho constitucional de irse a juicio por jurado.

Ferrajoli (como se citó en Montañez, 2013), por su parte indica que: "Las negociaciones entre el detentador de la acción penal y el procesado son ajenas a un procedimiento verdadero acusatorio, pues se conculcan las garantías fundamentales del individuo, en el que el investigado pueda ejercer su derecho de defensa, amparado en su presunción de inocencia y que se le permita controvertir las acusaciones en su contra, allegando las pruebas pertinentes; las negociaciones serían, pues, la antinomia del justo proceso por cuanto se asemejan más a prácticas propias del sistema inquisitivo" (pp. 65-83).

De otro lado, según Fernández (s/d): *"*Entre las críticas que llovieron al *plea bargaining*, se afirma que desvirtúa el papel de las partes en el proceso penal, además de quebrar los principios del proceso penal. En ese sentido, el imputado se ve privado de su derecho a juicio oral con ello, renuncia voluntaria y libremente a los derechos y garantías que imperan en un proceso penal. Otro punto a criticar tiene que ver con el principio de economía procesal, pues

se indica que el *plea bargaining* lo favorece pues hacen una justicia rápida y mejor, sin embargo, en la mayoría de casos americanos las partes procesales no se han preparado para esta negociación, no teniendo mucho tiempo para lograr acuerdos justos*"* (pp. 210-234).

Al respecto, Langbein (como se citó en Montañez, 2013)*,* asevera que, "el recurso al *plea bargaining* se puede tornar muy peligroso en vista de su abuso, pues provoca situaciones que riñen con los postulados fundamentales que moldearon los constituyentes, esto es, un juicio rodeado de garantías procesales, para que el investigado pueda ejercer su defensa en igualdad de condiciones que el órgano fiscal*"* (p. 65-83).

Para Schunemann (como se citó en Montañez, 2013): "Desde la perspectiva alemana, ven un peligro latente en ese instrumento que es una clara expresión del sistema procesal penal norteamericano, pues los principios de corte anglosajón chocan de forma abierta con los fundamentos del Estado de Derecho en materia penal, y, por ende, el trasplante de instituciones exógenas a países herederos de la cultura jurídica continental europea, puede aparejar graves problemas en su recepción acrítica. A dicha herramienta se opone también la doctrina italiana más autorizada" (pp. 65-83).

Resumiendo lo esbozado, como ante toda institución jurídica siempre va a haber posturas a favor -quienes les encuentren mayor utilidad que perjuicio a la figura procesal-, como también posturas en contra -quienes encuentren mayores agravios que beneficios.

Por mi parte, teniendo en cuenta lo desarrollado hasta este punto, considero que asumir una postura u otra siempre va a depender del lugar de donde lo mires; es decir, si analizamos el *plea bargaining* desde la perspectiva del acusado y su defensa, efectivamente le vamos a encontrar más beneficios que perjuicios. Pues, el acusado podrá resolver su situación jurídica rápidamente y no sólo eso, sino que a cambio de su declaración de culpabilidad se hará acreedor de una reducción de la pena – en el peor de los casos- o dependiendo el caso podrían reducirle los cargos o sustituirlos por uno menos grave – en el mejor de los casos-. Situación similar sucede, si

observamos el *plea bargaining*, desde la óptica del fiscal y el juzgador, ya que al aplicar dicha institución procesal ambos podrán culminar rápidamente sus casos a cargo, lo que les generará mayor producción y una más rápida descarga judicial y fiscal, lo cual incidirá en una mejor administración de justicia, más célere y eficaz.

Pero, ¡ojo!, los beneficios para el acusado tanto desde la perspectiva, de la defensa, como la del fiscal y del juez, serán efectivos, siempre y cuando, dicha figura procesal sea aplicada cumpliendo todos los parámetros establecidos en la ley; es decir, desde la defensa, no instigando a su patrocinado a que se declare culpable cuando no lo es, solo con la intención de acabar con la causa. Desde la del fiscal, no influenciando en el acusado para que se declare culpable solo para generar producción y descarga de sus casos a cargo. Y finalmente, el juez ha de cumplir a cabalidad con su labor de controlar la legalidad del acuerdo, esto es, verificar que efectivamente hay una declaración de culpabilidad voluntaria e inteligente y que a ello le acompañan diversos medios probatorios que permiten constatar que el acusado es realmente culpable. Porque si no, antes que beneficios para el acusado, únicamente se le estaría violando todos los derechos que podría tener al someterse al juzgamiento en un proceso penal, y tal transgresión lo estarían realizando al amparo del *plea bargaining.*

Por el contrario, si el estudio va desde el banquillo de la *"víctima"*, todo lo sostenido en líneas anteriores pierde sentido, pues salta a relucir la siguiente interrogante: *¿Qué beneficios adquiere la víctima con la aplicación del plea bargaining?,* la respuesta es simple: *"Ninguno".* La víctima, conforme hemos podido apreciar, antes que beneficios encuentra agravios en su contra con la aplicación del *plea bargaining*, ya que resultaría ilógico creer que sienta que se hizo justicia cuando al acusado antes de sentenciarlo por el delito de robo, se le haya sentenciado por el delito de hurto; o cuando debió imponérsele 20 años de pena privativa de la libertad, solo se le impuso 10 años. Más aún cuando ella no forma parte de la negociación entre el fiscal y la defensa del acusado; pues si bien se le reconoce el derecho a ser oída por el Tribunal antes de que se emita sentencia, tal situación – como se indicó anteriormente-

no va a influenciar en nada en la condena a imponer al acusado. Entonces, efectivamente, la posición que se asuma al respecto siempre va ir en consonancia desde el cristal de donde se la mire.

3.8.- Posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en cuanto a las declaraciones de culpabilidad - plea bargarning.

En el presente apartado voy a exponer de manera sintética algunos pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que van a permitir una mejor comprensión de cómo es que se ha venido desarrollado en la práctica *"el acuerdo negociado",* cuál ha sido la postura que ha acogido el Tribunal Supremo en cada caso en concreto.

i. CASO BORDENKIRCHER V. HAYES: 434 U.S. 357, 98 S. Ct. 663, 54 L. Ed. 2d 604 (1978). ¿Se vulnera el Principio deProceso Debido, si el fiscal actúa con ánimo de venganza en la acusación, cuando el acusado no decide declararse culpable?

Paul Hayes fue acusado por el Gran Jurado en el Condado de Fayette, Kentucky, por poner en circulación un cheque falso (delito castigado con una pena entre 2 a 10 años de PPL). El fiscal se reunió con el abogado de Hayes, siendo que el primero ofreció recomendar una condena de cinco años si su patrocinado se declaraba culpable, agregando que si no lo hacía plantearía una acusación más severa en base a la reincidencia que tenía por dos delitos anteriores y solicitaría cadena perpetua. Paul Hayes decidió ir a juicio y el fiscal acusó conforme lo indicado y Hayes fue sentenciado a cadena perpetua.

Paul Hayes interpuso apelación y el Tribunal de Apelaciones de Kentucky rechazó los fundamentos de Hayes en cuanto a los agravios constitucionales alegados, confirmando la sentencia. El Tribunal de Apelación del Sexto Circuito, revocó la sentencia, basándose en que el fiscal había actuado con ánimo de venganza, vulnerando de esta manera los principios establecidos en el caso *Blackedge v. Perry, 417 U.S. 21 (1974), "caso que protege a los acusados frente al uso vengativo de la discreción del fiscal*".

El caso fue analizado por el Tribunal Supremo, quien decidió revocar la sentencia del Tribunal de Apelación, teniendo como fundamento que en el sistema legal de los Estados Unidos el fiscal tiene una amplia discrecionalidad y éstas encuentran sus límites en la Constitución. Y en el presente caso la conducta del fiscal no vulneró el Principio de Proceso Debido proclamado en la Decimocuarta Enmienda, pues él presentó de manera muy abierta y alternativa al acusado de no continuar el proceso si se declaraba culpable o someterse al juicio si no lo hacía (Jerold et al., 2012).

Al respecto se obtuvo un voto discrepante por parte del magistrado BLACKMUN, al que se unió el magistrado BRENNAN y MARSHALL, indicando lo siguiente: El análisis realizado en el presente caso por el Tribunal se aleja de los argumentos señalados en el caso *North Carolina v. Pearce, y Blackledge v. Perry,* respecto a la *"conducta del fiscal en las negociaciones".* Pues ahora no es importante analizar la venganza del fiscal, cuando la diferencia entre una pena y otra es abismal (5 años v/s cadena perpetua). Para estos magistrados la venganza del fiscal es latente al haber presentado una segunda acusación por un delito más grave. Se cuestiona por qué no se exigió al fiscal justificar su actuación en algo más que la intención de desincentivar al acusado en el ejercicio de su derecho a un juicio. En consecuencia, para estos tres magistrados en el presente caso se verificó ánimo de venganza por parte del fiscal al igual que en los casos *North Carolina v. Pearce, y Blackledge v. Perry*; pues la venganza por parte del fiscal ante la impugnación de la condena original por parte del acusado y la venganza en la negociación, termina siendo venganza en cualquier contexto (Jerold et al., 2012).

ii. CASO SANTOBELLO V. NEW YOR: 404 U.S. 257, 92 S.Ct. 495, 30 L. Ed.2d 427 (1971). ¿Debe mantenerse el acuerdo arribado por un fiscal con el acusado y su defensa, así ya no se encuentre a cargo el fiscal que realizó la negociación?

En el presente caso el inculpado tras negociaciones con el fiscal, retiró su declaración previa de no culpabilidad por dos delitos graves y se declaró

culpable por un delito menos grave, el fiscal a cambio no haría recomendación alguna respecto a la sentencia. Pasaron varios meses y en la audiencia para fijar la sentencia, ya no se encontraba a cargo el fiscal con el que se hizo la negociación, sino otro. Siendo que éste nuevo fiscal recomendó que se fijara la condena máxima, la misma que fue acatada por el juez. El inculpado intentó retirar su declaración de culpabilidad, sin éxito alguno. Tal sentencia fue confirmada en apelación.

Al respecto el Magistrado BURGER, indicó que la declaración de culpabilidad debe rodearse de garantías que aseguren que la promesa del fiscal, así éste no sea el mismo, se cumplirá.

De otro lado el Magistrado DOUGLAS manifestó que cuando no se mantiene el acuerdo arribado con el fiscal, la sentencia debe anularse y el tribunal decidirá, en cada caso concreto, si el proceso debido exige que se cumpla con lo acordado o se le dé la opción al acusado de ir a juicio por los cargos originales.

El magistrado MARSHALL, al que se unen los magistrados BRENAN y STEWART, indicaron:

Si el fiscal incumple la negociación, menoscaba las bases para la renuncia de los derechos fundamentales implícita en la negociación. Lo cual otorga al acusado suficiente justificación para rescindir el acuerdo. Si la fiscalía no cumple con el acuerdo, el acusado no tiene porqué mantenerse en cumplimiento de lo pactado (Jerold et al., 2012).

iii. MABRY v. JOHNSON: 467 U.S. 504, 104 S. Ct. 2543, 81 L. Ed. 2d. 437 (1984). ¿El acusado puede apelar la sentencia luego de haberse declarado culpable?

En el presente caso se analiza si la aceptación por el acusado de la conformidad en los términos propuestos por el fiscal crea un derecho constitucional a que se cumpla efectivamente lo acordado.

En el caso en cuestión, al acusado se le imputaba tres delitos (robo, agresión y asesinato), de los cuales fue juzgado y sentenciado por el delito de robo y

agresión, los mismos por los cuales estaba cumpliendo *"simultáneamente"* condenas concurrentes de 21 y 12 años, respectivamente. La condena por el delito de asesinato fue anulada y es ahí cuando comenzaron lasnegociaciones al respecto.

Un ayudante del fiscal propuso al abogado del acusado que, si su patrocinado se declaraba culpable como cómplice del delito de asesinato, el fiscal recomendaría una sentencia de 21 años que se cumpliría *"simultáneamente"* con las de robo y agresión. Esta propuesta se la hizo llegar al acusado, quien aceptó la oferta. Sin embargo, el fiscal manifestó al abogado que se habría producido un error con dicha propuesta y que la oferta correcta era que, si el acusado se declaraba culpable, él recomendaría una sentencia de 21 años de privación de libertad, pero a cumplir de forma *"consecutiva"* a las otras dos sentencias.

El acusado rechazó la oferta y decidió irse a juicio. Al segundo día del juicio el magistrado declaró el juicio nulo y se reanudaron las negociaciones, las mismas que concluyeron con la aceptación por el acusado, respecto de la segunda oferta del fiscal. En base a dicho acuerdo, el juez impuso al acusado una condena de 21 años de privación de libertad a cumplir de forma *"consecutiva"* a las sentencias anteriores.

Tal sentencia fue apelada y el Tribunal concluyó que tal apelación no era válida, toda vez que la declaración de culpabilidad del acusado fue voluntaria e inteligente. Sumado a ello, él fue asesorado por un abogado competente, en ese sentido el fallo no puede ser impugnado. Únicamente, la sentencia puede ser apelada cuando se cuestiona el carácter consensuado de laconformidad, sólo en dicho supuesto se puede impugnar la validez de la declaración de culpabilidad. Ello quedó claro en el caso *Brady v. United State.*

En ese sentido, sólo cuando el acusado no fue adecuadamente informado de sus consecuencias se puede impugnar su declaración en base al Principio del Proceso Debido. El caso *Santobello v. New York,* ilustra este punto. A diferencia del caso Santobello, en el presente caso el acusado sabía que obtendría una recomendación por parte del fiscal de 21 años de pena privativa de la libertad a cumplir de forma consecutiva a sus otras dos condenas y así

fue. Por lo que en el presente caso la declaración de culpabilidad del acusado no fue como consecuencia, de la decepción por parte del Estado, no radicaba en ninguna promesa incumplida, por el contrario, se materializó bajo los parámetros negociados de ambas partes, con plena voluntariedad e inteligencia (Jerold et al., 2012).

Así, Jerold et al. (2012), resalta lo expresado por el magistrado Stevens del Tribunal, indicando lo siguiente:

> Por tanto, en tanto que no perjudicaba la voluntariedad e inteligencia de su declaración de culpabilidad, la incapacidad del acusado para lograr que el fiscal cumpliera su oferta no tiene ninguna importancia constitucional. Tampoco es relevante que el fiscal fuera negligente o culpable de cualquier otra forma, al hacer primeramente una oferta y luego retirarla. El principio del Proceso Debido no es un código ético para fiscales; sino que se centra en la forma en que las personas son privadas de libertad. Aquí el acusado no fue privado de libertad de ninguna forma fundamentalmente injusta. El acusado fue plenamente consciente de las posibles consecuencias cuando se declaró culpable; no es injusto, ahora, esperar que asuma esas consecuencias. (pp. 905-906)

iv. *UNITED STATES V. BENCHIMOL: 471 U.S. 453, 105 S. Ct. 2103, 85 L. Ed. 2d 462 (1985). ¿Es vinculante la recomendación que realiza el fiscal al juez?*

En el caso *United States v. Benchimol*, se analiza si el juez tiene o no la obligación de aceptar la recomendación realizada por el fiscal, de conformidad con la Regla 11 (e) de las Reglas Federales de Procedimiento Penal.

Así, se tiene que el acusado se declaró culpable por un cargo de fraude por correo, a cambio el Estado le había ofrecido *recomendar la libertad condicional del acusado condicionada a la prestación de una indemnización*.

El Tribunal del Distrito no tuvo en consideración la recomendación realizada y *condenó al acusado a seis años de tratamiento y supervisión conforme a la Ley Penal de Menores*. El acusado decidió presentar un escrito solicitando retirar su conformidad o alternativamente, que se anulara la condena y que se le condenara nuevamente, pero al tiempo que ya había cumplido, alegando que el Estado no había cumplido su parte de la negociación.

El Tribunal del Distrito que había conocido la conformidad, denegó la solicitud de anulación del acusado. Tal petición llegó al Tribunal de Apelación, quien revocó el fallo, en base a los siguientes argumentos:

El Estado no cumplió con su promesa, rompiendo de esta manera su acuerdo con el acusado y su defensa. Pues durante la vista para dictar sentencia, quien manifestó el acuerdo al cual se había arribado fue la defensa del acusado, el mismo que fue ratificado por el ayudante del fiscal, quien no explicó las razones por las que se recomendaba una sentencia más leve, sino que al contrario causó en el tribunal una impresión de que apoyaba tal indulgencia con muy poco entusiasmo (Jerold et al., 2012).

Jerold et al. (2012), al respecto explica cuál fue la opinión del Tribunal en Pleno, quien revocó la decisión del Tribunal de Apelaciones:

> Creemos que este fallo malinterpreta el efecto de las normas pertinentes y la jurisprudencia a aplicar. LaRegla 11 (e) de las Reglas Federales de ProcedimientoPenal prevé una fórmula elaborada para la negociaciónde las declaraciones, que permite al abogado del Estado inclinarse por el sobreseimiento de ciertos cargos y aceptar que una condena específica es la forma adecuada de resolver el caso. También autoriza al abogado del Estado hacer una recomendación respecto a una condena concreta, o aceptar no oponerse a la petición del acusado de la misma, bien entendido que tal recomendación o petición no le vinculará al tribunal.
>
> Bien puede darse el caso de que el Estado en un caso particular pudiera comprometerse a hacer “con

entusiasmo" una recomendación concreta al Tribunal, y puede ser que el Estado en un caso concreto pudiera acceder a explicar al Tribunal las razones por las que hizo tal recomendación. Pero el acusado no alega, ni tampoco lo entiende así el Tribunal de Apelación, que el Estado se hubiera comprometido a hacer ninguna de estas cosas. El Tribunal de Apelación simplemente sostuvo que jurídicamente tal compromiso se debía entender implícito en el acuerdo del Estado para recomendar una condena concreta. Pero nuestra consideración de la Regla 11(e) es que se explica en términos de lo que las partes en realidad se ponen de acuerdo en hacer, y no sugiere que se deba tener en cuenta tales términos implícitos jurídicamente, a los que el Tribunal de Apelación daba tanta importancia en este acuerdo.

El Tribunal de Apelación se basó en ciertos casos para llegar a su conclusión respecto a la exigencia de "entusiasmo", pero nos parece que en cada uno de esos casos el abogado del estado, compareciendo personalmente ante el tribunal en el momento de la conformidad, manifestó sus reservas personales sobre los términos del acuerdo con los que el Estado se había comprometido. Esta es una propuesta bastante diferente a lo decidido en una apelación de una transcripción de las actas hecha muchos años antes de que el abogado del Estado hubiera provocado "en el tribunal la impresión de que apoyaba, tal indulgencia con muy poco entusiasmo". Cuando el Estado acepta conforme a la Regla 11 (e) hacer una recomendación respecto a una condena, debe llevar adelante su parte de la negociación cumpliendo la recomendación; pero incluso si la Regla

11(e) permite negociar sobre los grados de entusiasmo, pare que aquí no ha habido ninguno.

La Regla 11(e) bien puede contemplar la aquiescencia del Estado en un caso particular a plantear al tribunal sus razones para hacer la recomendación que acuerda realizar. El Estado sugiere que difundir en un acta sus razones para aceptar una conformidad en un caso concreto – por ejemplo, que no quería dedicar sus escasos recursos en un juicio con este acusado concreto, o que deseaba evitar llamar a la víctima como testigo-perjudicaría frecuentemente, más que ayudarla, el objetivo de indulgencia por el acusado. Éstas bien pueden ser las razones por las que el acusado no desearía exigir tal cumplimiento por el Estado, pero para este caso es suficiente el hecho que no se alcanzara en realidad tal acuerdo. Debido a que la Regla 11(e) se aplica generalmente a las conformidades que las partes hacen, el Tribunal de Apelación se equivocó al considerar como una cuestión jurídica, un elemento sobre el que las mismísimas partes no habían llegado a acuerdo alguno.

Por estas razones concluimos simplemente que el Estado no incurrió en defecto alguno en este caso. Se anula el fallo.

EL MAGISTRADO STEVENS, emite voto concurrente.
*** Si el Estado cometió algún error al no recomendar positivamente la condena adecuada, el momento de objetar fue en la audiencia para dictar sentencia o mediante apelación directa. ***

EL MAGISTRADO BRENNAN, al que se une el MAGISTRADO MARSHALL, emite voto discrepante.

> El Tribunal hoy continúa su inquietante práctica de anular sumariamente las decisiones dictadas a favor de los acusados, basándose no en un amplio principio sino en hechos idiosincrásicos y sin fundamentarlo de forma completa, ni oralmente ni por escrito. *** Debido a que considero poco adecuada esta práctica tendenciosa de corrección sumaria de errores, votaría sencillamente por negar esta petición de *certiorari.* Consecuentemente discrepo respetuosamente. (p. 907-908)

v. *UNITED STATES v. RUIZ: 536 U.S. 622, 122 s. Ct. 2450, 153 L. Ed 586 (2002). ¿La Constitución exige que la fiscalía revele la información incriminatoria, a fin de que el acusado evalúe declararse culpable o no?*

Los hechos imputados a la acusada Ángela Ruiz son respecto al hallazgo de 30 kg. de marihuana en su equipaje, los fiscales federales del Distrito Sur de California, le ofrecieron que se acoja a una *"conformidad rápida". En esta forma de negociación, se le pide al acusado renunciar a la acusación formal, al juicio y a la apelación.* A cambio el Estado se compromete a recomendar al juez una rebaja en dos grados respecto a la condena aplicable según la Reglas de determinación de la pena de los Estados Unidos.

La conformidad que ofrecieron los fiscales, a la imputada, entre otras condiciones exigía que ésta *"renuncie a su derecho a recibir información incriminatoria referida a informadores y otros testigos, así como al derecho a recibir información que apoye cualquier defensa afirmativa que ella plantee si en caso va a juicio".* La imputada no aceptó tal condición y los fiscales retiraron su oferta y como consecuencia de ello emitieron su acusación en contra de Ruiz. Y pese a que no hubo ningún acuerdo, finalmente Ruiz se declaró culpable y solicitó al juez que le otorgue – por su declaración de culpabilidad- lo que inicialmente se le había ofrecido, la rebaja de la pena. El Estado rechazó su solicitud, imponiéndole la pena prevista legalmente.

Ruiz apeló la sentencia ante el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito, éste tribunal revocó la determinación de la pena realizada

por el Tribunal del Distrito bajo los siguiente argumentos: “Que la Constitución exige a los fiscales a facilitar al acusado cierta información incriminatoria, antes del juicio y antes de que se involucren en una conformidad. Asimismo, señaló que la Constitución prohíbe que los acusados renuncien a su derecho a recibir información; y, que la *“conformidad rápida”* ofrecida por los fiscales era ilegal por insistir en dicha renuncia. Así, el Tribunal de Apelaciones mantuvo que la conformidad involucra, válidamente la *voluntariedad* cuando los fiscales revelan primero la información incriminatoria en contra del acusado, que llevaran a juicio.”

Al respecto el Tribunal Supremo, considera que: “**a)** Primero, la información incriminatoria tiene relación con la *justicia del proceso*, y no con la voluntariedad en la conformidad. Sí es cierto que mientras más información tenga el acusado, podrá tomar una decisión más consciente y sabia pero la Constitución ni la jurisprudencia exige al fiscal compartir con el acusado tal información. **b)** Segundo, no existe jurisprudencia consolidada en casos anteriores de este Tribunal que pueda apoyar el pronunciamiento realizado por el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito. **c)** Tercero, si se considerara como una obligación constitucional el facilitar la información incriminatoria durante la negociación, antes de que el acusado se declare culpable, tal hecho podría afectar seriamente el interés del Estado en asegurar aquellas conformidades que están justificadas desde el punto de vista de los hechos; asimismo, se a la prematura revelación de información sobre los testigos del Estado, lo cual podría perturbar el desarrollo de las investigaciones en curso y exponer a los posibles testigos a un serio perjuicio. El perjuicio que se ocasiona al revelar la información incriminatoria, durante la negociación, es mayor en comparación con los beneficios que se obtienen ante su revelación.

Es por ello que se concluye que la Constitución no exige al Estado a revelar el material probatorio incriminatorio antes de empezar a negociar un acuerdo de conformidad con el acusado.

Sumado a ello, la conformidad rápida, exige al acusado a renunciar a su derecho a recibir información en poder del Estado relativa a cualquier *defensa*

positiva que plantee en el juicio. Como se dijo la necesidad de acceder a dicha información, se encuentra más vinculada a un *juicio justo* que a la *voluntariedad* del acusado. (Jerold et al., 2012).

4. Diferencias sustanciales entre el *plea bargainig* estadounidense y el proceso especial de terminación anticipada en el Perú.

Conforme se ha señalado en el Capítulo anterior, la terminación anticipada en el Perú se encuentra regulada desde el artículo 468° hasta el artículo 471° del CPP de 2004, en dicho articulado podemos apreciar las características que presenta ésta institución, que al igual que el *plea bargaining* estadounidense nos permite culminar los casos sin necesidad de llegar a la etapa de juicio oral; pero, bajo los parámetros establecidos por el legislador peruano, presenta diversas diferencias con el *plea bargaining* norteamericano. Así, en el siguiente cuadro apreciaremos las principales divergencias entre estas dos figuras procesales.

	El *plea bargaining* estadounidense.	**La terminación anticipada en el Perú.**
Tipo de proceso	Forma parte del proceso común.	Es un proceso especial, distinto al proceso común.
Etapa en la que se lleva a cabo	En la etapa del *arraignment*, luego de que el fiscal oralice su acusación ante el Tribunal.	- Durante la etapa de investigación preparatoria, antes de la acusación fiscal. - Se realiza una audiencia especial, destinada –*únicamente*- para la celebración de la terminación anticipada.
Sujetos involucrados	Fiscal y defensa del acusado. El acusado únicamente interviene para manifestar su conformidad y firmar el acuerdo.	Fiscal, acusado y su defensa.
Derechos reconocidos a la víctima	Derecho a ser oído por el Tribunal antes de la emisión de la sentencia. Pero lo que alegue, bajo ningún supuesto será considerado en la sentencia.	- Puede estar presente en la audiencia de terminación anticipada, plantear su posición jurídica al respecto, pero ello de ningún modo va a influenciar en el acuerdo arribado entre el fiscal, el acusado y su defensa. - Si se ha constituido en actor civil tendrá derecho a apelar el extremo de la reparación civil.
Participación de la víctima en la negociación.	La víctima no participa	La víctima participa, pero *"simbólicamente"*. Salvo cuando, en su calidad de actor civil, decida apelar la sentencia en el extremo civil.
Justificación de la exclusión de la víctima	La exclusión queda justifica, toda vez que en su proceso penal no existe una dualidad de pretensiones (penal y civil).	Su exclusión no se encuentra justificada, ya que, en nuestro proceso penal, por economía procesal, se discute tanto la pena como la reparación civil en el mismo proceso.
Órgano jurisdiccional ante el que se presenta la solicitud de	- Ante el Tribunal, órgano jurisdiccional ante quien se llevará a cabo el juicio oral.	- Ante el Juzgado de Investigación Preparatoria. Órgano jurisdiccional que se encarga de dictar medidas de coerción personal y real; asimismo, es encargado de la etapa intermedia.

declaración de culpabilidad		
Función del Juez	- El juez debe verificar que la declaración del acusado sea voluntaria, exacta e inteligente. - Debe constatar que esa declaración de culpabilidad se encuentre corroborada con diversos medios probatorios. - Aprobará o desaprobará el acuerdo arribado entre el fiscal y la defensa del acusado. - En algunos estados, el juez tiene una participación activa, en la etapa de la negociación, pero es en la minoría.	- El juez debe explicar al procesado losalcances y consecuencias del acuerdo. - Debe verificar que el consentimiento del imputado es libre, voluntario – sin presiones o amenazas- e informado. - Realiza el control de legalidad, tanto de la pena como de la reparación civil, que éstas sean proporcionales y razonables; así como que su declaración sea corroborada por diversos elementos de convicción. - No interviene bajo ningún supuesto, en la negociación que realiza el fiscal, el imputado y su defensa. - Finalmente, le corresponde aprobar o desaprobar el acuerdo al que arribaron las partes.
Beneficios que obtiene el imputado	- Reducción de la pena - Reducción de cargos - Sustitución de cargos	- Se le reduce 1/6 de la pena concreta. - Si se acoge a la confesión sincera, recibirá un beneficio adicional, que se sumará al que se le otorga por terminación anticipada. - La acumulación no procede si el imputado tiene la calidad de reincidente o habitual.
Delitos para los que proceden los beneficios del *acuerdo negociado*	Procede para todo tipo de delitos, los graves, los más graves y los menores.	- Procede la terminación anticipada para todo tipo de delitos. Pero lo que no procede -para ciertos delitos- es aplicar el beneficio de la reducción de la pena. Así, se tiene que no procede aplicar el beneficio de la reducción de la pena en los siguientes delitos: - **Criminalidad organizada.** - **Feminicidio.** - **Delitos de violación de la libertad personal** (Desde el Art. 153° al 153-J), como son: Trata de personas (Art. 153), formas agravadas de la Trata de Personas (Art. 153-A), explotación sexual (Art. 153-B), esclavitud y otras formas de explotación (Art. 153-C), promoción o favorecimiento de la explotación sexual (Art. 153-D), cliente de la explotación sexual (Art. 153-E), beneficio por explotación sexual (Art. 153-F), gestión de la explotación sexual (Art. 153-G), explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (Art. 153-H), beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (Art. 153-I), gestión de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (Art. 153-J). - **Delitos contra la violación de la libertad sexual** (Desde el art. 170° al 178°). - **Delito de proxenetismo** (Desde el art. 179° al art. 181-B) - **Delitos contra la ofensa al pudor público** (Desde el art. 182-A al 183-B).

En suma, se puede concluir el presente apartado aseverando que la participación de la víctima en el *plea bargaining* estadounidense es totalmente nula, la víctima no interviene en el acuerdo negociado; es más, desde una mirada global al proceso penal americano, la víctima no participa activamente

al interior del proceso penal norteamericano, los derechos que el legislador estadounidense le ha reconocido, son sumamente banales. El derecho más resaltante con el que cuenta la víctima es el *"derecho a ser oído"* por el Tribunal, antes de emitir una sentencia. Pero conforme al estudio realizado, se puede afirmar que ésta exclusión de la víctima en el proceso penal estadounidense y en especial en el *plea bargaining,* encuentra su justificación en el tipo de sistema procesal con el que cuenta; esto es, su sistema procesal no permite acumular dos tipos de pretensiones (penal y civil), dejando a salvo el derecho de la víctima de acudir a la vía civil, a fin de ejercitar su derecho a la reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del delito cometido por el acusado en su agravio.

Sin embargo, tal justificación no es bien recibida en un sistema procesal como el nuestro que, por economía procesal, acumula en el proceso penal dos tipos de pretensiones, una penal y otra civil. Así, conforme lo sostiene Gimeno Sendra (2007): "El fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil" (p. 257).

En esa línea de ideas, la exclusión de la participación de la víctima en la *"terminación anticipada"* peruana, conforme se verá más adelante, no cuenta con sustento jurídico, ni fundamento alguno que justifique su no intervención en el acuerdo negociado, a fin de que sustente su pretensión resarcitoria, más aún cuando nuestro Código adjetivo regula de manera taxativa suparticipación exclusiva en cuanto al objeto civil en el proceso penal, una vez se constituya en actor civil (Inc. 1 del Art. 11° del CPP de 2004), excluyendo la participación del Ministerio Público.

En ese marco, debemos entender que la incorporación del *plea bargaining* estadounidense a nuestro ordenamiento jurídico peruano, debe ser adaptado

a nuestro sistema procesal penal; y, de acuerdo a nuestra realidad social. Pues como en un inicio manifesté, ***"el plea bargaining es la fuente original de la terminación anticipada, pero no es su fuente inmediata"***. En ese sentido, toda institución extranjera que se introduzca a un ordenamiento jurídico cualquiera, debe ser adecuada de acuerdo a la estructura del sistema jurídico que maneja el país receptor, situación que no se verifica en el caso peruano.

3. Conclusiones del Capítulo:

- Las declaraciones de culpabilidad *("plea of guilty"),* son originarias de Inglaterra medieval. La institución del *plea bargaining,* propiamente dicha, tuvo su origen y desarrollo en EE.UU., específicamente, Boston-Massachusetts, aproximadamente, en el siglo XIX.

- La definición unánime a la que han arribado los autores es que el *plea bargarning* es el acuerdo o la negociación llevada a cabo entre la fiscalía y la defensa del acusado, en base a la acusación emitida por el *prosecutor* contra el *defendat*, ello con la finalidad de que éste se declare culpable a cambio de una reducción de la pena o de los cargos y el proceso pueda concluir sin llevar la controversia a la etapa estelar del juicio oral.

- Son cinco los factores que incidieron en el desarrollo y popularización del *plea bargaining*, en EE.UU: *i) la sobrecarga de casos en los tribunales, ii) la falta de defensores públicos, iii) la desidia de los fiscales, iv) el profesionalismo de fiscales, policías y abogados que hacían que menos casos versen de verdad sobre hechos que deban resolver los tribunales, y, v) el interés del Estado en cumplir con su deber social y su agenda política.*

- En el ordenamiento jurídico norteamericano existen dos tipos de *plea of guilty,* que son: a) *Straight Pleas*, la forma más simple y básica; y, b) *Plea bargaining.* Por Lo que se tiene dos formas a través del cual el acusado puede declararse culpable; es decir, a través de una declaración de

culpabilidad sin negociación (*Straight Pleas*) y otra mediante un acuerdo negociado (*plea bargaining*).

- La discrecionalidad del fiscal estadounidense para conceder beneficios al acusado por su *"declaración de culpabilidad"*, es sumamente amplia, que va desde una reducción de la pena, hasta la reducción o supresión de cargos e incluso puede hasta eximir de responsabilidad penal al acusado, si se convierte en delator de sus coinvestigados. Situación distinta ocurre con las concesiones que puede otorgar el fiscal peruano, pues éste solo puede ofrecer lo que la ley le fija; es decir, la reducción del 1/6 de la pena.

- En el país americano, la oportunidad para que el acusado se declare culpable es en la etapa del *arraignment,* antes del juicio oral; esto es, luego de que el fiscal oralice su acusación frente al Tribunal, este órgano jurisdiccional es el mismo ante el cual se llevará a cabo el Juicio oral. En el Perú, la oportunidad para que el imputado pueda acogerse a la terminación anticipada es en la fase de investigación preparatoria y el pedido se realiza ante el juez de investigación preparatoria, más no ante el juez de juzgamiento.

- Los requisitos para declarar válida la declaración de culpabilidad, tanto en EE.UU. como en el Perú son los mismos; es decir, la declaración debe ser voluntaria, exacta e inteligente (lo que quiere decir que el procesado debe tener pleno conocimiento del delito y de los cargos que se le imputan, así como las consecuencias que traerán consigo su declaración de culpabilidad). Asimismo, en ambos países el juez debe verificar que existen suficientes elementos de convicción que amparan la existencia del hecho delictivo y la culpabilidad del imputado.

- Tanto en Norteamérica como en el Perú, la víctima no participa del *acuerdo negociado*. La diferencia radica en que, en el país americano, su exclusión se encuentra justificada, toda vez que ellos no discuten la pretensión civil, al interior de su proceso penal. El derecho de la víctima de ser resarcida o indemnizada queda garantizado en un proceso independiente, distinto al penal. En cambio, la supresión de la participación de la víctima en la

terminación anticipada, no encuentra justificación alguna, debido a que el proceso penal peruano se encuentra diseñado de tal manera que acumula dos tipos de pretensiones, la penal y la civil.

CAPÍTULO V.- LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA EN ITALIA: "*EL PATTEGGIAMENTO".*

Habiendo realizado el estudio correspondiente de la fuente original de la terminación anticipada, como es el *plea bargaining* estadounidense; en el presente capítulo corresponde analizar la institución procesal del *patteggiamento* italiano- también conocido como *"aplicación de la pena a pedido de las partes"*-, fuente mediata de la terminación anticipada peruana[48].

En ese sentido, bajo el mismo esquema planteado en el capítulo anterior, en el presente apartado desarrollaré el contexto en el que nace y se incorpora por primera vez el *patteggiamento* al ordenamiento jurídico italiano, cuáles son sus características y si éstas se asemejan o se diferencian a la terminación anticipada peruana; y, principalmente cuál es la participación de la víctima en el *patteggiamento*, si es o no la misma que en nuestra terminación anticipada. Y en dicho recorrido también advertiré las semejanzas o diferencias del *patteggiamento* con el *plea bargaining*, ya que ésta última es su fuente directa.

Pues, conforme se verá más adelante -en general- casi todo el sistema procesal penal estadounidense sirvió de inspiración al legislador italiano para la gran transformación del *Código Rocco* de 1930, Código que se caracterizaba por ser marcadamente inquisitivo.

Italia, durante muchos años ya había fijado su mirada en el modelo anglo-americano, un modelo de corte acusatorio-adversarial, muy distinto al que

[48] Si bien considero que la fuente mediata de la terminación anticipada en el Perú, es el *patteggiamento italiano,* no he de soslayar que cierta parte de la doctrina considera que la fuente mediata es la "*terminación anticipada colombiana"* y no el "*patteggiamento italiano"*. Así, al respecto Reyna (2009), sostiene: "En efecto, aunque es cierta la afirmación hecha por cierto sector de la doctrina especializada en el sentido que la formulación legal de la institución en el Código procesal penal de 2004 deriva de los textos procesales colombiano e italiano (SAN MARTÍN, SÁNCHEZ VELARDE, CUBAS VILLANUEVA, TALAVERA ELGUERA) o se sostenga incluso que se trata de una derivación de la conformidad española o de la mediación alemana (CÁCERES IPARRAGUIRRE); es inobjetable que la institución de la terminación anticipada – más allá de sus concretos antecedentes legislativos y las diferencias existentes tiene su origen en el Derecho norteamericano, auténtico exportador de la justicia negociada, que provoca incluso que dicha figura sea, en algunos países como Alemania, aplicada a pesar de no tener sustento legal" (p. 125). De otro lado, Frisancho (2019), señala: "La doctrina procesal es casi unánime al aceptar que el origen del procedimiento de Terminación Anticipada es la Ley italiana N° 689, de 24 de noviembre de 1981. Nuestro codificador ha abrevado directamente de la fuente italiana, específicamente de los artículos 444° al 448° del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988. También se considera, pero como fuente indirecta, el artículo 37° del Código de Procedimiento Penal colombiano (p. 161).

poseía en ese entonces. Es así que recién en 1988 logró la gran reforma a su sistema procesal penal, instaurándose por primera vez en Italia un proceso penal con características propias de un sistema acusatorio-adversarial -pero a lo europeo- ya que dicho modelo extranjero debía adecuarse a su propia realidad jurídica y social y es en esa adaptación que sufrió diversas modificaciones.

El legislador italiano de esa época – como muchos de otros países- vio en el país americano un modelo perfecto a seguir, donde la administración de justicia era eficaz y célere, los casos no la desbordaban; y, ello se debía a que sólo el 5% de sus casos llegaban a juicio oral; y, justamente era lo que Italia necesitaba y quería para sí, como todos los países en general. Pero, *¿Cuál era el secreto del legislador americano*, *para tener una justicia así de rápida y eficaz?*, éste radicaba en los *guilty pleas*, que iban de la mano con su modelo procesal, el acusatorio-adversarial. Pues un sistema acusatorio, únicamente funciona si en éste existen salidas alternativas. He ahí donde radica la explicación de la incorporación de salidas alternativas en sistemas procesales que adoptan el modelo acusatorio.

En ese sentido, para un mejor estudio del *patteggiamento,* previamente– de igual manera como se trabajó en el *plea bargaining*- identificaré el escenario en el que se desenvuelve este rito procedimental; es decir, la forma cómo se encuentra estructurado el proceso penal italiano, lo cual hará más fácil determinar la fase en la que se aplica esta institución, los sujetos procesales que se encuentran involucrados, la participación de cada uno de ellos y entre otras características que me van a permitan realizar una posteriorcomparación con la terminación anticipada peruana.

1.- Sistema procesal penal italiano.

1.1.- Antecedentes. -

En el panorama de la vieja Europa, por primera vez se presentaba una transición nítida del sistema mixto -marcadamente inquisitivo- al acusatorio. Italia se encontraba dentro de uno de los países que ansiaba dejar atrás los vestigios del modelo francés o, en cualquier modo, introducir una concepción de proceso alejado de los modelos autoritarios, como los del Código italiano

de 1930, que fue producto del fascismo[49]. No cabe duda de que el cuerpo legal ha pretendido tener como referente la tradición del *common law* como imagen simbólica de una histórica liberación de un sistema de carácter inquisitivo[50] nacido en periodo de la dictadura (Lupária, 2014).

[49] A decir de Barona (1994): "Durante el siglo XIX y parte del S. XX el sistema procesal penal italiano ha ido tambaleándose por los avatares del legislador italiano que se debatía por un sistema de corte inquisitivo o, por el contrario, optaba por el sistema acusatorio, de tal manera que no puede afirmarse la continuidad de un único sistema sino antes al contrario, de una alternativa entre las dos vías procesales.

A grandes rasgos podemos señalar como evolución histórica del sistema procesal penal italiano la que se inicia en la época napoleónica, apareciendo el primer Código Procesal penal, en 1807, que es elaborado en Milán por una Comisión compuesta por cinco magistrados nombrados a propuesta del Ministro de Justicia Giuseppe Luosi. Este Código estuvo impregnado en una influencia napoleónica notable, que podemos calificar, desde el punto de vista político, como un código poco liberal, que podemos calificar, desde el punto de vista de técnica jurídica no es, en palabras de DEZZA "una maravilla". Era un código con tintes claros de sistema inquisitivo.

El siguiente paso destacable fue el dado por el Código de 26 de marzo de 1819, el llamado modelo napolitano, cuya característica más significativa es la de introducir un sistema procesal penal con tintes claramente acusatorios, en el que se puso de manifiesto, como nunca antes lo había hecho y no lo haría posteriormente hasta siglo y medio después, el escaso papel que va a jugar el instructor en el procedimiento.

El 30 de octubre de 1847 se promulga un código en el que se va a instaurar un sistema procesal con mecanismos lentos y de carácter netamente instructorio. Vittorio Emanuele II, rey de Cerdeña, Chipre y Jerusalem, en virtud de los poderes extraordinarios que le confería la L. 25 de abril de 1859, promulga un Código el 20 de noviembre de 1859, código que venía impregnado por las mismas, salvo pequeñas salvedades máximas y principios que inspiraron y caracterizaron el anterior.

Fue precisamente seis años después cuando el 26 de noviembre de 1865 se promulga el primer código del reino, con extensión aplicativa a todas las provincias, cuya entrada en vigor se establecía con efectos 1 de enero de 1866. Durante los treinta años siguientes el código fue el apoyo legal del sistema procesal penal italiano, aunque, sin embargo, fueron diversas las modificaciones que se fueron produciendo a este Código, que afectaban a la competencia, la apelación, la función instructora, la prisión provisional, la casación …

El siguiente paso se produce, después de comisiones diversas compuestas por magistrados y profesores, finalmente el 27 de febrero de 1913, fecha en que se aprueba un texto nuevo cuya entrada en vigor tiene efecto de 1 de enero de 1914, aprueba un texto nuevo, cuya entrada en vigor tiene efecto de 1 de enero de 1914, que si bien no introduce ningún elemento acusatorio de importancia, sin embargo es quizás algo menos opresivo que el anterior de 1865. No obstante podemos afirmar que este código, dentro de la tradición inquisitiva del momento, es excesivamente complicado, por ejemplo en cuanto a los mecanismos del rito sumario, o, por ejemplo, porque la intervención de la defensa en el procedimiento carece apenas de relevancia" (pp. 88-89).

[50] Conforme lo señala Ippolito (2007): "La génesis de la inquisición es pues asociada con una fase de tiranía política. Y su desarrollo, a peor, se vincula también con una situación histórica de grave crisis de la libertad civil: la «monarquía universal» de Inocencio III. Si el procedimiento imperial había transformado la condición del imputado, estableciéndose la encarcelación «con tan solo el informe inquisitivo», o sea, antes del eventual juicio de culpabilidad, el proceso canónico había hecho algo peor: había introducido el «procedimiento secreto y misterioso». MATTHES y MONTESQUIEU habían encontrado la razón histórica del secretismo del procedimiento moderno, respectivamente, en un banal malentendido lingüístico cometido «por los primeros intérpretes bárbaros del Derecho romano» y en la introducción de la escritura. En oposición a ellos, PAGANO —esta vez siguiendo claramente a TOMASIO— considera el secreto judicial un legado del Derecho canónico: «Ese celo paternal —escribe con mordaz espíritu anticlerical— que inculcó nuestra santa religión a sus ministros, ese ministerio pastoral que debía esmerarse tanto en el cuidado de la grey que a ellos había sido encomendada, degeneró con el tiempo, como suele suceder, en el espíritu de la inquisición; armas [...] letales contra la inocencia. Cuando los ministros de la religión [...] hicieron uso de su poder temporal, transformaron la vigilancia pastoral en inquisitiva opresión». Una vez puesta de manifiesto la matriz

En esa línea de ideas, Rubio (2014) señala: “Originariamente el Código procesal penal italiano se había configurado durante la Dictadura fascista, de corte marcadamente inquisitorial. Tras la Segunda Guerra Mundial y la conquista de la democracia, este Código fue sufriendo innumerables reformas tanto por la acción legislativa, como por la labor de la Corte Constitucional con el fin de ir introduciendo en su trama importantes aspectos acusatorios”.

Sin duda alguna, en la reforma del Código de 1930, fue determinante la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1948; básicamente porque a partir de ese entonces se fueron introduciendo elementos que alteraban la estructura inquisitiva que mantenía dicho Código (Barona, 1994). Ya que con la entrada en vigor de la Constitución italiana se ponía punto final a los sucesos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, lo cual significó el comienzo de una nueva etapa histórica para el país italiano: el fin del fascismo y de la monarquía, y el comienzo de la República, de la democracia parlamentaria y del pluralismo político. Dicha Constitución representó todas las fuerzas políticas democráticas, deseosas de reconstruir un país destruido por la guerra y por las luchas intestinas (Rozzo, 1999). [51]

Es así que a comienzos del siglo XX se iniciaron los intentos en Italia por desarrollar su derecho procesal penal, por lo que debían comenzar por modificar *“El Código Rocco”* (Código Procesal Penal de 1930)[52], ya que en dicho cuerpo normativo radicaba la herencia francesa; es decir, este Código tenía una estructura mixta, pero con rasgos marcadamente inquisitivos, guiados por los principios de escrituralidad y reserva de las investigaciones. Los procesos se dilucidaban de dos maneras ya sea a través de procesos: *i) sumarios,* caracterizados por ser el juez quien investigue y posteriormente juzgue; u, *ii)* ordinarios, procesos para los cuales se reservaba la publicidad y

romano-canónica de las estructuras fundamentales de la inquisitio típicas del sistema procesal moderno, PAGANO asume inmediatamente una posición crítica frente a ella: es un método «terrible y feroz» que por su «natural e ingénita irregularidad» tiende a la «opresión»” (p.535).

[51] Véase en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05791999000100002

[52] En efecto, muchos jueces, habituados al viejo sistema de 1930, caracterizado por un juez activo respecto del establecimiento de los hechos y por los limitados poderes de la defensa, inicialmente no se han adaptado en forma adecuada a las nuevas funciones asignadas por la reforma procesal. Lo mismo puede decirse sobre la interpretación del nuevo papel del ministerio público (Lupária, 2014, p. 6)

la oralidad (Barona, 1994)[53]. Tal escenario lo encontramos –actualmente- en el Perú en ciertos distritos judiciales, que aún actúan bajo la regulación del Código de Procedimientos Penales de 1940 (Ley 9024 del 23 de noviembre de 1939), el mismo que fue modificado en el 2015 por el Decreto Legislativo N° 1206 y actualmente es aplicado – únicamente- por los juzgados liquidadores.

Guiados por el deseo de transformar su sistema procesal penal, Italia tenía en la mira introducir a su ordenamiento jurídico el modelo acusatorio, inspirado en el modelo anglo-americano. Es así que surgió su primer intento en 1963, sin lograr los resultados esperados; el 24 de noviembre de 1981 se efectuó el segundo intento, publicándose la Ley N° 689, siendo nuevamente un intento fallido; y, fue recién en 1988 que se llevó a cabo *la gran reforma en el sistema procesal penal italiano,* con la publicación del *"Codice di Procedura Penale",* la misma que entró en vigencia en 1989 (Barona, 1994).

Así, "en palabras de AMODIO podemos afirmar que lo que quiso el legislador de 1988 fue alejarse del modelo de proceso continental europeo que se introdujo y perduró en Italia por la influencia del derecho francés del siglo XIX, y ha querido dar vida a un proceso que se aproxima a los sistemas del **common law"** (Barona, 1994)[54]**.** Tal acierto del legislador italiano de 1988, nuestros legisladores peruanos lo tuvieron –recién- en el año 2004, con el Decreto Legislativo N° 957 del 22 de julio de 2004, ley con la que se promulgó

[53] En esa línea de ideas, Pepino (2003) refiere que: "El código procesal vigente hasta los años 80 (publicado en 1930, pero que sufrió en diversas reformas legislativas y otras debidas a sentencias de la Corte Constitucional) diseñaba un rito "inquisitivo con garantías": las investigaciones de mayor relevancia eran competencia del juez instructor, e incluso cuando estaban atribuidas al fiscal (en la llamada instrucción sumarial) aparecían rodeadas de requisitos y garantías similares; las actuaciones realizadas en el curso de la investigación tenían pleno valor probatorio; el juez de enjuiciamiento era no sólo el árbitro sino el *protagonista* de la averiguación (encargado, entre otras cosas, del examen de los testigos e imputados), gracias a la formalización de las diligencias de la instrucción (y a su aludido pleno valor probatorio), el proceso, en la práctica, terminaba siendo prevalentemente escrito, con un juicio reducido a simple momento de confirmación por los imputados y testigos de lo ya declarado en la fase anterior; el régimen de recursos era amplísimo (doble instancia y casación) para cualquier proceso y cualquier delito, y lo mismo tratándose de impugnaciones en materia de libertad (p. 97)".

[54] "El 24 de octubre de 1988, el parlamento italiano adoptó un nuevo Código Procesal Penal que los cultores del Derecho Comparado consideraron, en su momento, poco menos que revolucionario. La razón para el interés en el sistema italiano era que, el nuevo código, introducía un sistema penal acusatorio basado en el modelo angloamericano en un país que previamente tenía un sistema fuertemente inquisitivo (Pizzi y Montagna, 2004, p.1)

el CPP de 2004, realizando la transformación del C. de PP de 1940, con la misma inspiración de introducir el modelo acusatorio con rasgos adversariales a nuestro sistema procesal penal.

Así, la búsqueda de la gran reforma del sistema procesal penal italiano, se debió a que, como resultado de su anterior modelo marcadamente inquisitivo, la administración de justicia se encontraba en una profunda crisis a causa de los siguientes factores: la lentitud y demora en los procedimientos, la injustificada prisión provisional y la constante limitación del derecho a la defensa (Barona, 1994). Al respecto, Rodríguez (1997), señala:

> Debido a la crisis en que se encontraba el proceso penal italiano, se acometió a finales de la década pasada, como en Portugal, un intento de constitucionalizar y modernizar el enjuiciamiento criminal de ese país, reformando el sistema jurídico procesal penal en su totalidad después de haber superado una época de continuo "parcheo" legislativo, especialmente desde mediados de los años cuarenta cuando se produjo la caída del régimen político autoritario, puesto que en esos momentos el Código nada tenía que ver con el texto original debido al gran número de cambios y reformas sucedidas con el paso de los años.
>
> Debido a los cambios producidos en los principios políticos y constitucionales y a la restauración del régimen democrático, se hacía necesario acometer en Italia una reforma en profundidad del Código de Procedimiento Penal para adecuarlo a los tiempos en que vivimos, porque, en definitiva, el grado de cultura de un pueblo se mide por la manera de cómo se salvaguardan los derechos y la libertad del imputado en el proceso penal. (p.119)

Conforme lo señala Pepino (2003), el Código de 1988 buscaba un proceso de partes, caracterizado por la formación de la prueba exclusivamente en el juicio

oral y con contradicción. “Asimismo, el nuevo Código buscará la máxima simplificación de las formas e implantará el principio de oralidad, en un afán de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico, pero sin renunciar a las exigencias de una justicia “justa”, con las debidas garantías” (Rodríguez, 1997, p. 123).

En ese sentido, el legislador italiano no podía pasar por alto que un modelo acusatorio funciona en los sistemas donde existen salidas alternativas[55] al juicio oral, pues ello permite que la administración de justicia no se sobrecargue; el mejor ejemplo era Estados Unidos, donde – conforme se ha señalado en el capítulo anterior- el 95% de casos concluyen a través del *plea bargaining* y solo el 5% acaban en juicio oral. Ante tal escenario, resultaba necesario incorporar, conjuntamente con el sistema acusatorio, salidas alternativas[56] al proceso penal italiano, para la efectividad y funcionamiento de su nuevo modelo incorporado. A decir del autor español Rodríguez (1997):

> La consecuencia de esta mirada al ordenamiento norteamericano es que nos encontramos ante un sistema acusatorio “a la europea”, ante un alma acusatoria dentro de un cuerpo, de un organismo continental, en donde se van a promocionar, aunque no indiscriminadamente, las resoluciones consensuadas, la disposición sobre el objeto del proceso, buscando favorecer la celeridad y aligerar el número de casos pendientes de resolver, pero siempre bajo un estricto

[55] La continua búsqueda de soluciones procedentes de otros ordenamientos para llevar a cabo trasplantes que puedan sanar los males de uno u otro sistema, ha comportado a lo largo de los años importantes fenómenos de “imitación”, a menudo siguiendo una tendencia de momento. Éste ha sido el caso de la justicia penal negociada, que como un huracán se ha abatido en esta parte del Atlántico, comportando que muchos sistemas experimenten y luego exporten los resultados a países vecinos. El mismo discurso vale, entre otros, para las alternativas al ejercicio de la acción penal, para la justicia restaurativa, y para el tratamiento de la prueba ilícita: el intercambio cruzado de conocimientos entre los procesos penales europeos, por muchos motivos no homogéneos entre sí (si se piensa en la actual distancia entre el sistema italiano y francés, por ejemplo) ha dado vida a formas procesales mixtas, que llevan en sí restos de la tradición inquisitiva, mezcladas con características propias de la cultura acusatoria o con paradigmas procesales típicos de otros países del continente (Lupária, 2014, pp. 11-12).

[56] Ya que conforme lo señala Lupária (2014): “El escaso acceso a la justicia negociada o acelerada, impide un eficaz funcionamiento del modelo acusatorio (p. 8)”.

> control judicial. Como señaló el propio presidente de la República de Italia al comparar el nuevo C.P.P.It. con el proceso penal de EE.UU., no es un signo de debilidad ni de atraso cultural el reconocer la superioridad de algunos institutos jurídicos del ordenamiento norteamericano. En la propia *Relazioni al Progetto preliminare del códice di procedura penale* se reconoce sin ambages que la experiencia de los países anglosajones tiene que enseñar a los juristas y legisladores italianos que es incongruente y antieconómico el establecer que todas las controversias tengan que llegar a la fase de juicio oral, puesto que en muchas ocasiones será innecesario puesto que los acusados reconocen su propia culpabilidad y el único aspecto que quedará por dilucidar será la pena que debe serle impuesta; por ello, las renuncias de los imputados al juicio oral deben ser incentivadas y hay que hacer de todo lo necesario para que sean propensos a utilizar los procedimientos simplificados que se establecen en el Código. (pp. 132-133)

Siendo ese el escenario, es que el legislador italiano -y atendiendo a las exigencias de celeridad y economía procesal en la administración de justicia- al modificar su Código de Procedimientos Penales, incorporó distintos procedimientos que permitían concluir el proceso sin la necesidad de llegar a la etapa de juicio oral, como son: el *"patteggiamento - applicazione della pena su richiesta delle parti", "el juicio inmediato", "juicio abreviado", "juicio directo" y "juicio por decreto".* Éstas formas de concluir el proceso, fueron una de las novedades que trajo consigo la reforma procesal penal italiana.

Y, como lo señalan Marini, Poncet o Corso (como se citó en Rodríguez, 1997): "(…) el legislador italiano, al regular instituciones como el *patteggiamento*, ha tenido que asumir la realidad de que no puede haber un sistema acusatorio (un proceso donde es obligatorio el ejercicio de la acción penal, en el cual el acusado se declara no culpable, donde toda la tramitación será oral, pública y

con contradicción, con lo que el proceso podrá durar días, semanas, meses) sino existe igualmente un régimen de oportunidad de la acción penal, y ello porque el sistema acusatorio funciona en los países porque *de facto* la mayoría de los casos no llegan a juicio; un aumento del 1% de los casos que se declaran culpables paralizaría la administración de justicia".

Suma a tal escenario, que la promulgación de la Constitución italiana de 1948, fue determinante para la reforma de su sistema procesal penal[57], ya que dicha Carta Magna consagraba diversos principios que hacían difícil la permanencia de un modelo procesal penal con rasgos fuertemente inquisitivos. Otro factor que permitió la reforma fue el estado crítico en el que se encontraba su administración de justicia. Fue en dicho contexto, que el legislador italiano de 1988 tuvo un afán desmesurado por transformar su modelo procesal por uno de corte acusatorio - adversarial, típico de los Estados Unidos. Siendo éste el modelo procesal por el que apostó, promulgando el *Códice di Procedura*

[57] Los eventos subsecuentes a la adopción del nuevo Código Procesal Penal han mostrado cuán difícil es cambiar la cultura jurídica de modo radical. Uno de los problemas con la reforma en Italia ha sido el hecho de que la Corte Constitucional en la década siguiente a la adopción del nuevo Código emitió una serie de sentencias que cortaban algunos de los principios básicos centrales para el nuevo sistema acusatorio. El resultado fue un sistema que comenzó a verse cada vez más inquisitivo y menos acusatorio El nuevo sistema pasó a ser no muy diferente del antiguo, en el que los jueces podían emplearcon cierta libertad declaraciones de testigos emitidas fuera de la corte, y con mucho menos énfasis en el derecho del acusado para confrontar a los testigos que tenía en contra. Algunos vieron en las sentencias de la Corte Constitucional que derogaban aspectos claves del Código Procesal Penal, el anuncio de muerte del transplante jurídico que había sido un sistema acusatorio y adversarial. Pero los desarrollos recientes han mostrado que la batalla sobre la futura dirección del proceso penal italiano aúnno ha terminado. Al no poder superar las decisiones de la Corte Constitucional debido a que se basabanen la Constitución Italiana, el parlamento italiano se dirigió a la fuente misma en 1999 y cambió la constitución italiana, disponiendo un sistema penal acusatorio mediante el fortalecimiento de los derechos de los acusados, especialmente el derecho a enfrentarse y repreguntar a los testigos en contra.Una vez realizadas las reformas constitucionales, el parlamento cambió, el año 2001, el Código Procesal Penal para reflejar los nuevos derechos constitucionales de los acusados (Pizzi y Montagna, 2007, p. 2).

En esa misma línea de ideas, señala Barona (1994): Con la Constitución Republicana de 1948 se realizó modificaciones a dicho Código, se modificaron preceptos que habían sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional italiano.

Por su parte Lupária (2014), indica que: "Algunas sentencias de órganos jurisdiccionales muy importantes (incluida la Corte Constitucional) han intentado operar una contrarreforma, oponiéndose a los nuevos principios del modelo acusatorio, considerándolos ajenos a un asentado código genético. Ha sido un fenómeno tan fuerte, que ha implicado la intervención del Parlamento en la aprobación de leyes específicas para hacerle frente, haciendo incluso necesario la modificación de la Constitución (art. 111) a fin de cristalizar la nueva visión de justicia penal en la Carta fundamental".

Penale de 1988, el mismo que rige hasta la actualidad, obviamente con diversas modificaciones que se le fueron realizando en el tiempo.

Es así, como se instauró en Italia el CPP de 1988, que fue una obra legislativa ambiciosa, con aciertos y desaciertos que fueron regularizados –primero- por su Corte Constitucional (con el cual se retrocedía nuevamente al modelo mixto con rasgos inquisitivos) y luego por el propio legislativo, en busca –nuevamente- de instaurar el modelo acusatorio[58].

Luego de haberse expuesto una breve reseña de cómo es que se alcanzó la gran reforma del sistema procesal penal en Italia, así como la instauración de diversas salidas alternativas que iban de la mano con el nuevo modelo procesal por el que apostó su legislador, a fin de lograr una administración de justicia rápida y eficaz; en el siguiente punto pasaré a estudiar el proceso penal italiano y sus características, con la finalidad de – posteriormente- realizar las comparaciones entre el *plea bargaining,* el *patteggiamento* y la terminación anticipada peruana y así lograr identificar las etapas procesales en uno u otro sistema procesal y de qué manera ha influenciado el *patteggiamento* en la terminación anticipada peruana.

1.2.- Tratamiento del proceso penal italiano: Código de Procedimiento Penal de 1988 – "Códice di Procedura Penale".

El Código de procedimiento penal de este país europeo, fue promulgado el 22 de setiembre de 1988, entrando en vigor un año después de su publicación (Rodríguez, 1997, p. 123). Dicho cuerpo normativo a la actualidad se encuentra divido en dos partes, la primera está compuesta por cuatro libros que son: 1) Libro I, dirigido a regular la participación de los sujetos procesales – *"Soggetti",* el mismo que se encuentra compuesto por siete títulos (desde el art. 1 al art. 108). 2) Libro II, compuesto por doce títulos que regulan las

[58] Luego de la frustración originada por las decisiones de la Corte Constitucional a comienzos de los noventa, el parlamento italiano decidió enfrentar ese desafío reformando la constitución, para que ésta requiriese protección acusatoria para los acusados. Esta sección describe el artículo 111º de la constitución italiana, modificado en noviembre de 1999. También se explicarán los cambios subsecuentes en el Código Procesal Penal que siguieron a las modificaciones de la constitución. Ahora, no sólo un código dispone tal tipo de sistema sino que la constitución protege varios de sus principios" (Pizzi y Montagna, 2007, p. 2).

actuaciones procesales – *"Atti"* (desde el art. 109 al art. 186). 3) Libro III, destinado a regular lo concerniente a las pruebas – *"Prove",* abarca tres títulos (desde el art. 187 al art. 271). 4) Libro IV, encargado de las medidas cautelares, dividido en dos títulos (desde el art. 272 al art. 325). La segunda parte comprende desde el Libro V al Libro XI; así, tenemos que: 1) El Libro V, se titula: Investigaciones preliminares y audiencia preliminar – *"Indagini preliminari e udienza preliminare"*, compuesto por diez títulos (desde el art. 326 al art. 437). 2) El Libro VI, destinado a regular procedimientos especiales – *"Procedimenti speciali",* el mismo que abarca cinco títulos (desde el art. 438 al art. 464). 3) El Libro VII, encargado de lo atinente al juicio oral – *"Giudizio",* compuesto por tres títulos (desde el art. 465 al art. 548). 4) El Libro IX, relacionado a las apelaciones – *"Impugnazioni"*, con cuatro títulos (desde el art. 568 al art. 647). 5) El Libro X, que regula la etapa de ejecución *"Esecuzione"*, divido en cinco títulos (desde el art. 648 al art. 695). Yfinalmente el Libro XI, que regula las relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras *"Rapporti giurisdizionali con autoritá straniere"*, el que incluye cuatro títulos (desde el art. 696 al art. 746-c).

Siendo ésta la forma cómo se encuentra estructurado el C. de PP It. de 1988, primero voy a abordar–brevemente- cada una de sus etapas procesales, a fin de poder identificar la fase en la que se aplica el *"pattegiamento"* y finalmente voy a determinar las características propias de este proceso penal, las particularidades que haya adquirido como herencia del sistema procesal anglo-americano o las que ha mantenido – si es que las mantiene- de su antiguo Código Rocco de 1930; es decir, peculiaridades con rasgos inquisitoriales, a fin de determinar si éstas inciden o no en la regulación de la figura en análisis: *el patteggiamento*.

1.2.1. Etapas del proceso penal italiano.

Estudiar cada una de las etapas procesales del sistema procesal penal italiano me va a permitir ubicarlos en el escenario en el que se desenvuelve la figura del "*pattegiamento"*; asimismo, me permitirá identificar las semejanzas con el *plea bargaining* estadounidense y con la terminación anticipada en el Perú (tema que será analizado en el capítulo final).

En ese sentido para explicar las etapas del proceso penal italiano, he revisado los trabajos realizados por Pignatelli (1987), Barona (1994), Rodríguez (1997), Casso (2003), Pepino (2003), Letelier (2009), Rubio (2014), García-Panasco (2016) y Lasurra (2018), autores que me ayudaron a explicar de manera clara y sintética la estructura del proceso penal italiano, así como la participación de cada uno de los sujetos procesales en cada etapa procesal; asimismo, he cotejado dicha información con lo estipulado en el C. de PP italiano a fin de tener un mejor panorama de lo regulado. Siendo ello así, paso a desarrollar cada una de las etapas del proceso penal de este país europeo.

a) Investigación preliminar: Libro V – Título I – Art. 326° - Art. 415°-bis.

El actual sistema de derecho procesal penal italiano vislumbra una evidente separación entre la fase no jurisdiccional de las "*indagini preliminari"* (indagaciones preliminares), que concluye con la presentación de la acusación -o solicitud de archivo- con la cual se abre paso a la fase jurisdiccional. La primera etapa a la que se hace referencia es similar a nuestra investigación preliminar, que forma parte de la investigación preparatoria, que es desarrollada – en el Perú- por el Ministerio Público y por la Policía, la misma que concluye con la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria -o el archivo definitivo de la investigación- con lo cual se inicia la fase jurisdiccional.

En esa línea de ideas, resalta García-Panasco (2016) que, "el proceso penal tipo en Italia se inicia con la denominada *"indagini preliminari"* (arts. 326 y ss CPP It.) que como BERNAL VALLS señala es calificado como, "procedimiento" mientras que el término "proceso" se reserva para la fase que comienza con la formulación de la acusación, es decir, con la definitiva conformación de la relación jurídico procesal" (p. 61)[59]. En ese sentido, "las *investigaciones preliminares* (…) tienen como fin no la formación de la prueba sino la búsqueda y la individualización de los elementos y de las fuentes de

[59] En esa línea de ideas, señala Pepino (2003): "El atributo "preliminares" es indicativo de su carácter ni procesal sino preparatorio y funcional con respecto al proceso en sentido estricto" (p. 98).

prueba (preparatorios de la actividad del enjuiciamiento)" (Pepino, 2003, p. 98).

Así, la *"indagini preliminari"* (investigación preliminar, arts. 326 y ss CPP It.), en el proceso penal italiano se rige por el principio de legalidad, el que se deriva del art. 112 de la Constitución italiana; esta fase se inicia con la noticia criminal, la misma que puede provenir ya sea de una denuncia pública (por parte de un ciudadano), privada (personal de la salud) o de oficio por parte de la policía o la fiscalía. Esta etapa se encuentra a cargo del fiscal – *titular de la acción penal-,* a quien se le otorga la dirección de esta fase, lo cual se justifica con el principio de obligatoriedad de la acción penal.

Para una adecuada y eficaz investigación, a la fiscalía se le permite servirse del aparato de la Policía Judicial[60], quien actúa ya sea a pedido del Ministerio Público o por iniciativa propia, con la finalidad de identificar al presunto autor del delito y obtener medios probatorios que lo vinculen con la acción delictiva. En esta etapa se busca recoger y asegurar los medios de prueba, que servirán para sustentar una acusación en contra del investigado. Que, si bien la Policía Judicial actúa bajo las órdenes del Ministerio Público, dicho órgano cuenta con cierta autonomía que le permite actuar con iniciativa propia en determinadas situaciones de urgencia, pero siempre dando cuenta inmediatamente al fiscal.

He de recalcar que el fiscal italiano – al igual que el peruano-, no solamente realiza investigaciones que favorezcan la emisión de una acusación, sino también aquellas que beneficien el archivo a favor del investigado. En adición a ello, la defensa del investigado cuenta con facultades que le permiten realizar investigaciones independientes, a las realizadas por el fiscal; ésta es una peculiaridad del proceso penal italiano, a favor del *reato*, las llamadas *"Indagini Difensive"* (Investigaciones defensivas -Art. 391 bis y ss), que permiten equilibrar la balanza de la investigación entre la fiscalía y la defensa del investigado y realzando el principio de igualdad de armas, regulado en el Art. 111° de la Constitución italiana.

[60] Es de resaltar lo señalado por Pignatelli (1987), quien señala que: "El ministerio público puede servirse de la policía judicial, pero sin que le sea posible delegar en ésta la declaración del imputado ni el careo del mismo con otras personas" (p. 27-28).

Bajo dicha figura el abogado defensor, una vez que ha recibido por escrito la notificación del inicio de las indagaciones preliminares en contra de su cliente, puede realizar una investigación privada, sobre los hechos imputados contra su patrocinado o por los que puede ser investigado en el futuro, tendientes a encontrar e identificar elementos probatorios a favor de su defendido (adquirir documentos, acceder a sitios, examinar cosas, puede interrogar o hacer interrogar -a su propio cargo a quien pueda ofrecer declaraciones de relevancia para el juicio a través de entrevistas, declaraciones formales o reproducidas en los mismos términos que la investigación oficial-, pedir y obtener documentación de la administración pública, acceder a lugares,etc.[61]). Sin embargo, estas investigaciones son limitadas por el Ministerio Público, quien tiene la facultad de prohibir a las personas que ya hubieran sido escuchadas por él o por la Policía Judicial que revelen hechos o circunstancias objeto de investigaciones[62].

Por su parte Orlandini (2018) al analizar el artículo 391 *decies* del C. de PP de 1988, afirma que no sólo el acusado tiene derecho a ejercer una investigación defensiva, sino que la víctima también puede realizar tal investigación privada conforme a sus intereses. Así, ambos sujetos pueden reunir evidencia útil en sus respectivas posiciones. En particular, pueden adquirir información testimonial, documentos de la administración pública y realizar inspecciones técnicas a través de consultores; no obstante, no tienen

[61] En el ejercicio de su actividad, el abogado defensor (o su sustituto, pues se permite su delegación) puede promover un coloquio con personas que pueden referirle información sobre el caso o recibir informaciones de terceros sobre hechos relacionados con la investigación. A la hora de tomar declaración a estas personas el abogado defensor deberá realizarles una serie de prevenciones, como la de que tienen derecho a no responder a sus preguntas, bajo pena de nulidad. Si la persona ha sido ya interrogada por la Policía Judicial o por la Fiscalía, está detenida, o imputada en el mismo procedimiento, la toma de declaración revestirá una modalidad específica. Del contenido de estos contactos con personas informantes, el abogado defensor debe redactar una acta que se acabará incorporando al proceso penal (art. 391 bis Cpp).
Además, se le permite al abogado defensor pedir documentos en posesión de la Administración Pública (art. 391 sexies Cpp); acceder y ver lugares y estados de las cosas (art. 391 sexies Cpp), promover la práctica de pruebas no repetibles en fase oral; y participar en la instrucción promovida por el fiscal como antes hemos visto. Todos los actos que constituyen la actividad investigativa del defensor confluyen en un sumario específico e individualizado que se integra en la causa y que el artículo 391 denomina el *"fascicolo del difensore"*. (Rubio, 2014)

[62] La ley fue criticada por la Magistratura que teme una interferencia de las investigaciones de defensa con las investigaciones de la Policía Judicial y del Ministerio Público, o al menos una duplicidad de investigaciones. Hubiera sido preferible que la adquisición de elementos de prueba a favor del indagado fuera requerida por el defensor al Ministerio Público la verificación de hechos o circunstancias favorables a la persona sometida a investigación. (Casso, 2003, p. 8).

sus propios poderes coercitivos, pero pueden superar la resistencia de las personas no disponibles para colaborar, pidiendo ayuda a la autoridad judicial.

Así, siguiendo la línea investigativa por parte del abogado defensor del investigado, una vez que ha culminado con la investigación y ha logrado reunir medios probatorios que favorezcan el archivo del caso a favor de su cliente, podrá presentar dicha documentación al fiscal a fin de que lo considere en sus determinaciones, así como al juez de la investigación preliminar (GIP) y al juez de la audiencia preliminar (GUP), antes de que adopten sus decisiones.

En el Perú, no existe una regulación como la que poseen los italianos, a favor de la defensa del investigado -la llamada *investigación preventiva*-; en nuestro proceso penal, el abogado del investigado -sólo si lo considera necesario- puede realizar actos de investigación que permitan determinar la inocencia de su patrocinado, pero ello no se encuentra regulado como en la legislación italiana. Pues, ésta investigación privada se encuentra limitada a ciertos actos, como recabar documentos (únicamente los que posea el investigado, más no puede solicitarlo a entidades privadas o públicas, como sí lo puede realizar la defensa italiana), reunir testigos que puedan brindar declaraciones a favor de su patrocinado, pero éstas declaraciones serían llevadas a cabo ante el fiscal; es decir, para recabar la declaración de un testigo se tiene que solicitar al fiscal que cite a su Despacho al testigo propuesto a fin de recabar la declaración -o en su defecto lo puede realizar la policía- pues la defensa no puede obtener la declaración del testigo sin la presencia del fiscal, pues en dicho supuesto tal declaración carecería de validez .

Pese a ello, la práctica cotidiana peruana nos muestra que la gran mayoría de casos, por no decir la totalidad, llegan a juicio oral, únicamente con las investigaciones realizadas por la Fiscalía. Son muy pocos los supuestos donde los defensores de los investigados realizan una investigación paralela a la del fiscal. Generalmente, los defensores se amparan en la regla probatoria de que *“quien alega un hecho, debe probarlo”*, y en ese sentido tienen una actuación pasiva, siempre a la espera de que el fiscal socave la presunción de inocencia del inculpado.

Pese a las facultades otorgadas a la defensa italiana, "es innegable que el fiscal tiene un papel de supremacía sobre la defensa" (Rubio, 2014), pues si bien se le otorga facultades para investigar, éstas no son equiparables a las que posee la fiscalía, pues el fiscal puede limitar ciertos derechos fundamentales del investigado, con la venia del GIP, a fin de realizar sus investigaciones, actos que no puede realizar la defensa del investigado. Sin embargo, si realizamos la comparación con el Sistema Procesal Penal peruano, es un gran avance por parte de los italianos, en aras de equiparar el papel investigador de la fiscalía y la defensa del indagado, enfatizando de esta manera el principio de igualdad de armas procesal.

De otro lado, en las investigaciones preliminares eventualmente se adoptan y ejecutan actos de investigación que afectan derechos fundamentales; así como medidas cautelares ya sean de carácter personal o real, las mismas que pueden ser coercitivas o prohibitivas, éstas medidas son solicitadas por la Fiscalía al *"Giudice per le Indagine Preliminare – GIP"*[63] (juez de la investigación preliminar), conocido también como *"juez de garantías",* quien es el encargado de autorizar o convalidar -en el plazo de 48 horas-, según los casos, las medidas cautelares o de investigación que afectan derechos fundamentales, tales como las intervenciones telefónicas (Art. 267.1), prisión preventiva (Art. 272 y ss), etc.

En esta fase también se lleva a cabo las actuaciones de medidas irrepetibles – *"incidentes probatorios"-,* lo que para nosotros es conocido como prueba anticipada. Para la actuación de estos actos, el fiscal solicita autorización al juez de las investigaciones preliminares[64].

---

[63] Entre la infinidad de competencias suyas destacamos las siguientes: convalida las detenciones (art. 390 Cpp), aplica, modifica y revoca las medidas cautelares personales (art. 299 Cpp); autoriza dilaciones en las reuniones entre el detenido y su defensor (art. 104 Cpp); autoriza las inspecciones y registros en el Despacho del abogado defensor (art. 103 Cpp); prorroga el término para las investigaciones preliminares (art. 406-415 Cpp); decide sobre la petición de archivo (art. 409 Cpp); decide sobre la petición de reenvío a juicio (art. 424 Cpp) o reabre las investigaciones después del archivo (art. 414 Cpp), (Rubio, 2004).

[64] "Se distingue claramente entre la documentación recabada por el Fiscal y por la defensa (los denominados "Fascicolos"), y la que puede y debe ser utilizada en el acto del juicio oral (Fascicolo per il debattimento, art. 431 CPP It). En tal sentido, el sistema ha previsto, como resalta NICASTRO, el incidente probatorio (arts. 392 a 404 CPP It), "para evitar el peligro de que en las investigaciones

Es de resaltar que todo lo que se haya ido adquiriendo en esta etapa no tiene valor probatorio, dado que falta el elemento del contradictorio para quepudiera efectivamente así valorarse (Barona, 1994, p. 93).

De otro lado, tenemos que el plazo para la ejecución de las investigaciones preliminares es de seis meses o un año (según los delitos), aunque susceptible de prórroga (hasta 18 meses o dos años, según los casos), este plazo es controlado por el GIP (arts. 405 y ss CPP It). La consecuencia de que se superen los plazos sin finalizarse la investigación, es que todas las pruebas recogidas durante la misma devienen inutilizables, y no se podrá hacer uso de ellas en el futuro juicio oral (art. 407.3 CPP It).

Una vez culminado dicho plazo, el Ministerio fiscal debe notificar al "*reato"*-investigado y a su defensa con la conclusión de las indagaciones, comunicándoles que tienen la facultad de presentar sus investigaciones defensivas, así como de solicitar el cumplimiento de ciertos actos de investigación. Asimismo, notifica a la parte ofendida, quien previamente ha de haber solicitado se le notifique con el resultado de la investigación. Luego de ello el fiscal está obligado a ejercer la acción penal - emitir acusación (dentro de los seis meses, art. 405, 2 CPP It.) o solicitar el archivo de la causa (dentro de los tres meses posteriores).

Asimismo, es importante resaltar, que una vez concluida la investigación preliminar, el fiscal italiano, puede instar la aplicación de una de las salidas alternativas[65] que el *Codice di Procedura Penale* le faculta, siendo que en esta

preliminares se pierdan pruebas" y que es un "instrumento procesal (que) permite anticipar la práctica de la prueba en un momento antecedente al juicio, pero con las mismas garantías", llevándose a cabo ante el Juez de la Investigación Preliminar, en los supuestos previstos en la norma (art. 392 CPP It) y con la presencia e intervención de las partes (art. 401 CPP It)" (García-Panasco, 2016, p. 63).

[65] A decir de Rubio Eire (2013): "El Código de Procedimiento Penal Italiano, en un intento de ahorrar energías procesales, ha establecido una serie procesos alternativos al procedimiento ordinario. Si bien cada proceso tiene su propio iter, la normativa prevé caminos de conexión entre cada uno de ellos. De forma que sea posible que una vez iniciado un proceso especial concreto, cambiar a mitad de camino dicho rito por otro diverso, como a continuación veremos.
Estos procesos especiales pueden clasificarse en dos categorías: En primer lugar, se encuentran los que evitan la celebración del Juicio Oral (el Juicio Abreviado, la aplicación de la pena por petición de las partes, y el procedimiento por Decreto). En estos casos la decisión del juez se adopta en base a las fuentes de prueba contenidas en el fascículo de la Fiscalía. A cambio de que la defensa renuncie al debate oral de la causa y a las pruebas que se puedan adquirir en dicho debate, se le compensa al acusado

etapa, puede instar las siguientes salidas alternativas: *i) Giudizio direttissimo - juicio muy directo, ii) Giudizio inmediato - juicio inmediato, iii) Patteggiamento – applicazione della pena su richiesta – aplicación de la pena a pedido de partes; y, iv) Giudizio per decreto - juicio por decreto.* Y siendo mi principal objetivo de estudio la figura del *patteggiamento,* dejaré su estudio para un apartado posterior, por lo que en este punto señalaré de manera muy breve, las características más resaltantes de las otras figuras mencionadas. Así se tiene que:

- *Giudizio direttissimo - juicio muy directo* (sin audiencia preliminar)*:* Se encuentra regulado en el Título III, desde el artículo 449 al 452 del C. de PP It. En este tipo de procedimiento no hay audiencia preliminar, de la fase de la investigación se pasa directamente al juicio oral. Procede cuando una persona ha sido arrestada durante la comisión de un delito, lo que conocemos como intervención en flagrancia delictiva.

  Una vez llevada a cabo la intervención, el Ministerio Fiscal cuenta con 48 horas para conducir al investigado ante el juez de primera instancia (órgano jurisdiccional que va a conocer el juicio oral), a efectos de que ratifique o no la detención (art. 449.1). Si valida el arresto se procede inmediatamenteal juicio, en caso contrario devuelve al fiscal los documentos. Sin embargo,si el fiscal y el intervenido llegan a un acuerdo, el juez puede llevar a caboel *giudizio direttissimo* (art. 449.2). El *giudizio direttissimo*, también procede cuando la persona investigada realiza una confesión durante el interrogatorio, salvo que esto afecte seriamente a las investigaciones. Si en caso el fiscal decidiera incoar esta salida alternativa, deberá convocar al confeso a una audiencia, a más tardar el trigésimo día, desde el ingreso de la investigación al registro de informes de delitos.

---

con una reducción de la pena, que varía según el procedimiento adoptado. Por dicho motivo a estos tres procedimientos se les conoce como de rito premiado, "riti premiali".
En segundo lugar se encuentran los procedimientos en los que se alcanza con mayor rapidez la fase del juicio oral, saltándose algunas fases procedimentales. Si se trata del Juicio Inmediato "giudizio immediato", se evita la Audiencia Preliminar; en el caso del Juicio Directísimo, "giudizio direttissimo" se evitan tanto las Investigaciones Preliminares (salvo las que se hayan realizado de forma inmediata) como la Audiencia Preliminar". Véase en: https://elderecho.com/el-sistema-procesal-penal-italiano. Consultado el 02 de mayo de 2020.

El desarrollo del juicio muy directo, se lleva a cabo bajo los parámetros del juicio oral, salvo con algunas características típicas, como son que el fiscal, el acusado y la parte civil, pueden presentar testigos en la audiencia sin necesidad de citación (art. 449.5).

Durante el desarrollo de la audiencia el presidente informa al acusado que tiene derecho a solicitar acogerse a la sentencia abreviada (*Giudizio abbreviato*) o la aplicación de la pena a pedido de las partes *(Applicazione della pena su richiesta delle parti);* es decir, el juicio muy directo puede transformarse en éstas otras dos salidas alternativas. También le informa sobre el derecho a solicitar un plazo para preparar su defensa, por no más de diez días. Cuando el acusado hace uso de esta opción, la audiencia se suspende hasta el vencimiento del término (art. 451.6).

Así en palabras de Barona (1994): "En el supuesto de que nos encontremos ante un juicio directísimo se conduce, en el menor tiempo posible, al imputado a la fase del juicio oral y se le juzga en base a la instrucción probatoria con los testigos citados o directamente presentados por las partes. De alguna forma se produce, como efecto fundamental del mismo, la anticipación de la fase del juicio oral y, por tanto, se va a producir una conclusión anticipada del procedimiento, en cuanto se va a dar la posibilidad al M.F. de saltar la **udienza preliminare** y presentar directamente al imputado a la udienzia (p. 100)".

- *Giudizio inmediato - juicio inmediato* (sin investigación preliminar – salvo las que ya se hayan realizado – y sin audiencia preliminar)*:* Lo encontramos tipificado en el Título IV, desde el artículo 453 al 458° del C. de PP It. La posibilidad de aplicar este tipo de procedimiento se efectiviza cuando exista prueba evidente en contra del investigado que permita determinar su responsabilidad penal. Tanto el fiscal como el acusado pueden solicitar la incoación del juicio inmediato. El fiscal cuenta con un plazo de 180 días, a partir de la ejecución de la medida de detención preventiva del investigado. Y el acusado, deberá hacerlo con al menos 3 días de anticipación a la programación de la audiencia preliminar (art. 453).

La solicitud va dirigida al juez de la investigación preliminar (art. 454), quien, dentro de los cinco días, emite un decreto por el cual ordena el juicio inmediato o rechaza la solicitud al ordenar la transmisión de los documentos al fiscal (art. 455. 1). El decreto contiene el aviso de que el acusado puede solicitar un juicio abreviado o la aplicación del *patteggiamento* (art. 456). Dicho decreto es notificado al fiscal, al acusado y a la persona ofendida, con una anticipación de al menos treinta días antes de la fecha establecida para el juicio. El juicio se desarrollará conforme a las características generales de un juicio oral.

- *Giudizio per decreto - juicio por decreto* (sin audiencia preliminar y sin juicio oral)*:* Normado en el Título V, desde el artículo 459 al 464 del C. de PP It. mediante este procedimiento se permite la fijación de la pena a instancia de un decreto del Ministerio Público, decreto que es sometido a la valoración del juez. Procede únicamente para delitos de escasa entidad criminal, en supuestos en los que ha de aplicarse una pena pecuniaria, aún en el caso de que ésta se imponga como sustitutiva de una pena privativa de la libertad (Barona, 1994).

  Para que pueda hacerse uso de este procedimiento es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos:

  I. Que estemos ante el supuesto de imposición de una pena pecuniaria.
  II. Que a través del procedimiento se pretenda conocer aquellos hechos delictivos perseguibles sólo de oficio.
  III. Es el M.F. el único que va a poder solicitar al órgano jurisdiccional la posibilidad de esta vía procedimental del decreto penal de condena.
  IV. Que no estemos ante un supuesto en el que se establezca la necesidad de aplicar una medida de seguridad personal (art. 459, 4 c.p.p.) (Barona, 1994, p. 104).

  El Ministerio Público para hacer uso de este procedimiento tiene un plazo de 6 meses a partir de la fecha en que la acción delictiva se inscribe en el registro de informes de delitos (art. 459.1). Ante la solicitud del fiscal, el órgano jurisdiccional puede no estimar su petición, ante lo cual le devuelve

los actuados; puede dictar sentencia absolutoria; o, estimar su requerimiento. En este último supuesto, la sentencia o decreto de condena comunica al imputado y a la persona civilmente responsable que pueden presentar oposición, dentro de los 15 días, contados desde la notificación del decreto y que el acusado puede solicitar mediante la oposición acogerse al juicio inmediato, juicio abreviado o al *patteggiamento*. Si no se oponen, el decreto se convierte en ejecutivo (art. 460 y art. 461).

Con el decreto de condena, el juez aplica la pena en la medida requerida por el fiscal, indicando el alcance de cualquier disminución en la pena por debajo de la pena mínima.

Como se puede apreciar, el *patteggiamento* puede instarse dentro de estas tres salidas alternativas; ya sea en el devenir de un juicio inmediato, en un juicio directo o en un juicio por decreto; en cualquiera de los supuestos antes indicados se estaría culminando -de inmediato- el proceso penal con una sentencia patteggiata.

Así, una vez finalizada esta etapa, el fiscal italiano deberá decidir entre los siguientes supuestos: *i) Podrá solicitar el archivo al juez de la investigación preliminar, si no existen suficientes elementos para continuar el procedimiento*[66]*, ii) podrá incoar la aplicación de alguna de las salidas*

[66] El **de almacenamiento** es la alternativa a la persecución penal, que el fiscal puede determinar, al término de la investigación preliminar, en los siguientes casos: cuando la noticia del crimen resulta ser infundada, se desconoce el delincuente, falta una condición de enjuiciamiento, el delito se extingue o el hecho no está previsto por la ley como delito, el hecho es particularmente tenue.
El archivo es una alternativa a la acusación, que el Fiscal puede determinar, luego de investigaciones preliminares, en presencia de los hechos (art. 408 y art. 415 CPP) y legales (art. 411 del Código de Procedimiento Penal) previsto por el código ritual, más precisamente.

Si luego de concluida las investigaciones el informe respecto del delito investigado no es favorable, el fiscal presente ante el juez una solicitud de despido – archivo. Esta solicitud es notificada por el fiscal a la persona ofendida, quien debe haber solicitado ser informado sobre la posible presentación.

La persona lesionada tiene 20 días para revisar los documentos y presentar una objeción motivada para continuar las investigaciones preliminares. Para ciertos delitos cometidos con violencia contra la persona y para el delito a que se refiere el art. 624-bis del CP la solicitud de despido se notifica en cualquier caso por el fiscal y la víctima tiene 30 días.

Si el juez no acepta la solicitud, fijará fecha para la audiencia, dentro de los tres meses y notificará al fiscal, al investigado y a la persona ofendida por el delito. El juez informa al fiscal general del tribunal de apelaciones sobre la fijación de la audiencia.

Después de la audiencia, el juez, si considera que se necesitan más investigaciones, las indica por orden al fiscal, estableciendo el plazo indispensable para llevarlas a cabo, de lo contrario, atenderá las

alternativas; o, iii) si en caso existen suficientes medios probatorios, podrá solicitar el envío del caso al juicio, lo que motiva la celebración previa de la audiencia preliminar por el Giudice per le Udienza Preliminare (juez de la audiencia preliminar - juez de la etapa intermedia).

En ese sentido, conforme lo sostiene García-Panasco (2016):

> Finalmente, una vez culminada la investigación, la actuación del Fiscal se ve sometida a un control judicial, que puede ser doble. Si el Fiscal decide archivar la causa, dirige la *richiesta di archiviazione* al Juez de la Investigación Preliminar, que puede acordarla o denegarla. La denegación puede producirse de oficio o a instancia del ofendido o perjudicado por el delito (art. 408 CPP It) que, como recuerda IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, puede "obtener del Juez la orden al Ministerio Público de ejercer las correspondientes acciones penales cuando éste hubiera solicitado de modo indebido el sobreseimiento del procedimiento, todo ello, tomando parte en la audiencia que contempla el artículo 409 CPP (It)". (p. 64-65)

En esa línea de ideas, Rubio (2014), señala que: "(…) ante dicha petición el Juez puede acogerla, decretar el archivo, devolver los autos a la Fiscalía, o puede mostrarse en desacuerdo (entre otras razones porque la persona ofendida haya mostrado su oposición), en cuyo caso citará a todas las partes a una vista (art. 409, co. 2 y 3 Cpp). Con el resultado de la misma, puede por

---

solicitudes dentro de los tres meses. Dentro de los dos días posteriores a la formulación del cargo, el juez fija la audiencia preliminar por decreto.

Al objetar la solicitud de despido, la persona ofendida solicita la continuación de las investigaciones preliminares indicando, bajo pena de inadmisibilidad, el tema de la investigación adicional y las pruebas relacionadas. Si la oposición es inadmisible y el informe del delito es infundado, el juez ordena la presentación por decreto razonado y devuelve los documentos al fiscal. (art. 410)

En ausencia de oposición, o cuando esto es inadmisible, el juez procede sin formalidades y, si acepta la solicitud de despido, emite un decreto motivado. En los casos en que el juez no acepta la solicitud, devuelve los documentos al fiscal, (Art. 411), (Lasurra, 2018). Véase en: https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2018/07/24/archiviazione-del-procedimento-penale

medio de una ordenanza disponer el archivo de la causa; sugerir al Fiscal a que realice nuevas investigaciones u ordenar al Fiscal a que presente formal imputación, que es la clave para el acceso a la audiencia preliminar".

Al respecto, Izaguirre (s/d): "En esta fase intermedia todavía se encuentra algún resquicio del sistema inquisitivo, por cuanto el Juez de la Investigación Preliminar puede ordenar al Fiscal la formulación de una imputación, aunque la decisión definitiva sobre si procede o no la apertura del juicio oral corresponde a otro Juez, el de la Audiencia Preliminar. En cualquier caso, la citada reminiscencia inquisitiva sólo puede entenderse desde la perspectiva de la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, tan arraigado en este país. Este principio, no obstante, está puesto en cuestión hoy en día, debido a que la sobrecarga de asuntos obliga a priorizar los medios puestos a disposición de la persecución criminal, sin que aparentemente exista un efectivo control sobre este tipo de decisiones (p.187)".

En esa línea de ideas, García-Panasco (2016) realiza la siguiente reflexión: "En este punto, el sistema italiano ha mantenido una notoria característica inquisitiva, ya que el mismo Juez que ha podido participar en actos determinantes de la tramitación de la fase de investigación, es el que decide que, a pesar de que la única parte acusadora solicita el archivo, procede la continuación del proceso, ordenando a la Fiscalía que complemente la investigación o que formule la imputación, convocando ulteriormente a la audiencia preliminar (art. 409.5 CPP It)" (p. 64-65).

En ese marco de ideas, si realizamos un símil con el proceso penal peruano, podemos verificar que tal situación difiere mucho con lo regulado por nuestro CPP de 2004, en lo atinente a las diligencias preliminares; pues, si un fiscal decide archivar una investigación preliminar, lo realiza sin necesidad de poner a conocimiento -dicho acto fiscal- ante el órgano jurisdiccional, ya que durante las diligencias preliminares no existe injerencia por parte de ningún órgano judicial en las decisiones que tome el fiscal (salvo en algunas medidas cautelares o actos de investigación que limiten derechos fundamentales), el juez intervendrá cuando exista de por medio una formalización de la

investigación preparatoria; en ese sentido, no habiéndose judicializado la causa, las decisiones relacionadas al archivo o reserva del caso -que adopte el fiscal- no serán controladas por un órgano jurisdiccional. Más aún, si el fiscal durante las diligencias preliminares decide optar por el principio de oportunidad o un acuerdo reparatorio, se abstendrá de ejercitar la acción penal y dicha causa no se someterá a un control jurisdiccional.

Finalmente, siguiendo con el *iter* del proceso, se tiene que si la fiscalía promueve el reenvío a juicio se producirá una primera audiencia preliminar entre las partes, tras la cual se iniciará propiamente el proceso, con la formulación de *l'imputazione*, mediante la *richiesta di rinvio a giudizio* (art. 417 CPP It), que se somete al control de otro juez, el GUP (*Giudice dell'udienza preliminare)*. Y con ello se abre paso a la siguiente etapa del proceso que es la etapa intermedia, dirigida por el juez de la audiencia preliminar, juez que es distinto al de la etapa de investigación preliminar.

b) *Audiencia preliminar – Etapa intermedia: Libro V – Título IX y X – Art. 416° al Art. 437°.*

Conforme se indicó en el punto "a", luego de concluida las investigaciones preliminares, el fiscal deberá determinar si archiva la causa, aplica una salida alternativa o solicita la *"richiesta di rinvio a giudizio"* (pedido de reenvío a juicio) a través de la acusación. Si se presenta este último supuesto, tendríamos los siguientes efectos jurídicos: *i)* se ejercita propiamente, por parte de la fiscalía, la acción penal; *ii)* el procesado asume formalmente la cualidad de acusado; y, *iii)* tanto la parte civil como el responsable civil se constituyen en partes procesales. El fiscal ha de presentar su acusación ante el *Giudice dell´udienza preliminare* (juez de la audiencia preliminar), en dicho escenario estaríamos ante la segunda fase del proceso penal italiano – la etapa intermedia, previa al desarrollo del juicio oral-.

Con la formulación de *l'imputazione* (imputación), mediante la *richiesta di rinvio a giudizio*, la decisión del fiscal pasa por un segundo filtro, esta vez por el GUP (*Giudice dell'udienza preliminare*), quien decidirá si el imputado

deberá ser absuelto (sobreseimiento) o deberá pasar a juicio oral. Así en palabras de Rodríguez-Arias (como se citó en García-Panasco, 2016):

> La función de la audiencia preliminar (…) es la de deliberar el fundamento de la acusación formulada por el Ministerio Público, con lo cual se convierte en la primera garantía del imputado, que, por primera vez, se presenta como tal delante de un Juez, por lo que la defensa tiene derecho a conocer todos los actos de investigación realizados por el Ministerio Público y la Policía Judicial". Para que el Juez de la audiencia preliminar pronuncie una sentencia de sobreseimiento es necesario que el material acumulado en la investigación sea insuficiente, contradictorio o no idóneo para sostener la acusación en juicio (art. 425.2 CPP It). O en palabras de CALVO SANCHEZ, "el Juez dispone la apertura del juicio, sólo si está convencido de la existencia del hecho punible y la autoría del imputado, en caso contrario dicta sentencia de no haber lugar a proceder. (pp. 65-66)

En esa línea de ideas, la acusación ha de presentarse por el fiscal en el registro judicial (art. 416° CPP It.), la solicitud debe contener: *i)* Los datos personales del acusado u otras indicaciones personales que permitan identificarlo, así como los datos personales de la persona ofendida, *ii)* la declaración, de forma clara y precisa, del hecho, de las circunstancias agravantes y de aquellas que pueden conllevar a la aplicación de medidas de seguridad, con la indicación de los artículos legales correspondientes, *iii)* una indicación de las fuentes de evidencias adquiridas, *iv)* la solicitud deberá contener el pedido – al GUP- de la emisión del decreto que ordena la sentencia (la sentencia que emita el juez puede ser de sobreseimiento o de envío a juicio); y, *v)* la fecha y suscripción (art. 418° CPP It.).

Luego de presentada la acusación, el juez deberá fijar, dentro de los cinco días siguientes, el día, la hora y el lugar de la audiencia preliminar. Entre la

fecha de presentación de la solicitud y la fecha de la audiencia no puede haber más de treinta días. Asimismo, deberá establecer que, si el acusado no cuenta con un abogado particular, se le asignará uno de oficio (art. 418° CPP It.).

Habiéndose determinado los datos anteriormente mencionados, el juez deberá notificar dicha decisión al acusado, su defensa y a la persona ofendida, adjuntando la solicitud de acusación realizada por el fiscal, dicha notificación ha de realizarse con al menos diez días de anticipación a la fecha de la audiencia. Tal aviso también ha de comunicarse al fiscal. Asimismo, el juez deberá comunicar al acusado que tiene derecho a presentar, si lo considera pertinente, memorias y documentos (art. 419°, 1, 2, 3, 4 CPP It.).

En esta fase el acusado cuenta con la posibilidad de hacer efectivo tres tipos de procedimientos especiales, uno antes de la audiencia preliminar y los otros dos durante la audiencia preliminar. En el primer supuesto, nos encontramos – como lo referimos en el punto "a"- ante la facultad con la que cuenta el acusado de renunciar a la audiencia preliminar y solicitar un *juicio inmediato*[67]; dicho pedido deberá realizarlo con al menos tres días de anticipación a la programación de la celebración de la audiencia (art. 419.5). Y en el segundo supuesto, podrá solicitar un *juicio abreviado* o la aplicación del *patteggiamento.* En el apartado anterior, ya se ha indicado las características del juicio inmediato; asimismo, hemos señalado que la figura del *patteggiamento* lo vamos a estudiar en un punto diferenciado, por lo que aquí únicamente desarrollaremos lo concerniente al *juicio abreviado.*

- *Guidizio abbreviato* (sin juicio oral)*:* Procedimiento especial que se encuentra regulado en el Título I, desde el artículo 438 al 443 del CPP It. El Juicio Abreviado en su configuración típica, es un juicio sobre el fondo del asunto, esto es sobre la inocencia o culpabilidad del imputado (Rubio, 2014). Su aplicación se ejecuta a pedido del acusado, ya sea por sí mismo o a través de su abogado, durante la audiencia preliminar. Puede solicitarlo

[67] El procedimiento para efectuarse el juicio inmediato – en el Perú- es diferente a lo regulado en Italia, ya que el juicio inmediato proviene de la incoación al proceso inmediato promovido únicamente por el fiscal, obviándose la fase de la investigación preparatoria, para pasar inmediatamente a un control de acusación que es llevada a cabo por el órgano de juzgamiento; en la audiencia de juicio inmediato se realiza el control de acusación y luego de saneada ésta, se desarrolla el juicio oral (art. 446 y ss).

oralmente o por escrito, pero hasta antes de que se formulen las conclusiones del debate, la fiscalía no cuenta con dicha facultad. No procede para delitos castigados con cadena perpetua (art. 438. 1, 1-bis, 2, 3).

El juez puede admitir o rechazar el pedido del acusado de someterse al *juicio abreviado*. Si la rechaza, el imputado puede volver a solicitarlo hasta antes de la exposición de las conclusiones de las partes procesales; o en todo caso el juez si al final de la audiencia considera que la sentencia abreviada debió declararse admisible, aplica el beneficio correspondiente que equivale a la reducción de la pena a la mitad, si es una infracción y un tercio si es un delito (art. 438. 5-bis, 6).

Este procedimiento se caracteriza porque se excluye el debate y por lo tanto se prescinde de que en el proceso se asuman nuevas pruebas a cuenta de la dialéctica entre las partes, utilizándose a los fines de prueba los actos contenidos en el fascículo de la Fiscalía. Estas pruebas son, comohemos visto, las que el Fiscal instructor ha podido recoger en el curso de las Investigaciones Preliminares (Rubio, 2013).

Para la realización de la sentencia abreviada se observan las disposiciones previstas para la audiencia preliminar, en la medida que corresponda. Si la parte civil se incorpora luego de que se emita la ordenanza que dispone el juicio abreviado, equivale a la aceptación del rito (art. 441). La audiencia es pública, cuando todos los acusados lo soliciten. Luego del debate en la audiencia, el juez a fin de decidir utiliza los documentos contenidos en el archivo de las investigaciones preliminares y las pruebas tomadas en la audiencia (art. 442).

En general cabe decir que tanto el **giudizio abbreviato** como la *applicazione della pena su richiesta delle parti* son dos procedimientos especiales que cumplen con una función idéntica: conseguir la finalización del proceso sin la celebración del juicio oral (Barona, 1994, p. 107). En buena cuenta el juez de la audiencia preliminar es quien determina la responsabilidad del acusado.

Siguiendo el desarrollo del proceso penal italiano, se tiene que para la instalación de la audiencia preliminar, el C. de PP It. en su art. 420 señala que ha de realizarse con la participación necesaria del fiscal y del defensor del acusado; en el caso peruano de la misma manera, sólo se exige la presencia de dichas partes procesales para llevar a cabo la audiencia de control de acusación, la presencia de las demás partes es facultativa.

Una vez presentes todos los sujetos procesales, el GUP procede a la constitución de las partes, entre ellos la constitución del ofendido en parte civil. Si la víctima no logra constituirse en dicha etapa -de conformidad con lo estipulado en el art. 79°[68], concordante con el art. 484° y art. 468°, párrafo 1 del C. de PP It.- aún puede hacerlo al inicio del juicio oral ante el juez de juzgamiento.

En suma, el ofendido por el delito cuenta con dos oportunidades para constituirse en parte civil: *1)* la primera en la audiencia preliminar, ante el juez de la etapa intermedia; y, *2)* la segunda al inicio del juicio oral, ante el juez de juzgamiento. Pero si su constitución se lleva a cabo en la fase de juicio oral, se encuentra limitado para ofrecer testigos y solicitar el examen de los mismos. Situación distinta ocurre en el caso peruano, ya que la oportunidad para que el agraviado se constituya en actor civil se presenta desde la formalización y continuación de la investigación preparatoria hasta antes de su conclusión. Es decir, en la etapa intermedia[69] y en el juicio oral la víctima ya no puede constituirse en actor civil, quedando -únicamente -en calidad de agraviado, que, si bien puede estar presente en las actuaciones procesales,

[68] **Art. 79: Fecha límite para el establecimiento de una parte civil.**
1. El establecimiento de una parte civil puede tener lugar para la audiencia preliminar y, posteriormente, hasta que se hayan completado los cumplimientos previstos por el artículo 484.
2. El plazo previsto en el párrafo 1 se establece bajo pena de decomiso.
3. Si el establecimiento tiene lugar después de la expiración del plazo previsto en el artículo 468, párrafo 1, la parte civil no puede hacer uso del derecho a presentar las listas de testigos, expertos o consultores técnicos. Consultado el 20/04/2020 en: https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/22/parte-civile-responsabile-civile-e-civilmente-obbligato-per-la-pena-pecuniaria.

[69] Salvo el supuesto de la existencia de una acusación directa, donde pese a encontrarse en la etapa intermedia, el agraviado puede constituirse en actor civil. Y ello se verifica debido a que cuando existe una acusación directa, se suprime la fase de la Formalización y Continuación de la Investigación preparatoria. Pasándose directamente de la fase de las diligencias preliminares a la acusación, etapa intermedia. Véase Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116. Acusación directa y proceso inmediato.

no cuenta con las mismas prerrogativas que posee el actor civil a fin de actuar activamente en el proceso penal.

Una vez que las partes se han constituido, el *GUP* declara abierto el debate, *"Discussione"*. El fiscal inicia exponiendo brevemente su acusación y las pruebas que la amparan. El acusado puede solicitar ser sometido a interrogatorio; luego de ello las demás partes constituidas hacen uso de la palabra, a fin de exponer sus pretensiones.

Finalmente, el Ministerio Fiscal y los defensores de las partes formulan sus conclusiones respectivas. Si el juez considera que puede decidir con lo escuchado en dicha vista, declara cerrada la discusión (art. 421°), de lo contrario, si considera que las investigaciones preliminares se encuentran incompletas, ordena que se realice investigaciones adicionales, estableciendo el plazo en que debe llevarse a cabo. Asimismo, fija la fecha y hora para la nueva audiencia preliminar. Esta medida se comunica al fiscal general en el tribunal de apelación (art. 421°-bis). El juez ha de suspender el inicio de la audiencia preliminar, si el acusado no acude por causa grave o fuerza mayor (art. 420 ter) o cuando no ha sido notificado válidamente para dicha audiencia (art. 420 cuartos); de lo contrario continúa con la audiencia sin la presencia del acusado (Art. 420bis).

Es de mencionar que de conformidad con el art. 422.1 del CPP It., el juez de oficio puede ordenar la obtención de medios probatorios que le permitan determinar su decisión. Si no puede proceder de inmediato con la obtención de pruebas, reprograma la audiencia y ordena la admisión de las fuentes de prueba que considera pertinentes; ya sea testigos, expertos, consultores técnicos y de las personas indicadas en el artículo 210 (art. 422.2 CPP It.). Una vez citadas las fuentes de pruebas el fiscal y los defensores podrán hacer preguntas, pero por intermedio del juez, posteriormente formularán sus conclusiones respectivas (art. 422. 3).

Lo señalado hasta este punto, se resume en palabras de Nicastro (como se citó en García-Panasco, 2016) del siguiente modo:

> (…) la audiencia preliminar "se ha transformado en el baricentro del procedimiento penal: aquí el Juez

> controlará la regularidad de todos los actos realizados por las partes en las indagaciones preliminares; la regularidad de las notificaciones y la efectividad de las mismas; podrá ordenar al Fiscal una actividad de integración de las fuentes de pruebas recogidas, incluso decidir efectuar él mismo la recogida de otros elementos de prueba que las partes han descuidado, etc. En la Audiencia Preliminar el juez tiene el deber de decidir sobre la petición del Fiscal que ya ha formulado la imputación y está pidiendo que el imputado (…) sea citado delante del juez del debate, para ser sometido al juicio ordinario.

En ese marco, en el desarrollo de la audiencia preliminar si el fiscal lo considera necesario, de acuerdo a cómo se va desarrollando la audiencia, podrá modificar la imputación en contra del acusado, ya sea en atención a la circunstancia agravante o en relación al cargo imputado (art. 423).

Inmediatamente después de que se haya cerrado el debate, el juez procede a la deliberación a fin de resolver si procede una *"sentenza di non luogo"* (sentencia de no ha lugar, equivalente a un sobreseimiento) o procede emitir un decreto que dispone el "*giudizio"* (juicio); el juez en la misma audiencia da lectura de su decisión, la lectura equivale a la notificación de las partes presentes. Si en caso no es posible dar lectura de la sentencia de no proceder, el juez procederá a más tardar el trigésimo día a partir de la pronunciación (art. 424.1, 2, 3, 4 CPP It.).

La *"Sentenza di non luogo a procedere"* - Sentencia de no lugar a proceder- se verifica en los supuestos estipulados por el art. 425.1, 3 del CPP It., que son: *i)* Si hay una causa que extingue el delito o para la cual la acción penal no debería haber comenzado o no debería continuar, *ii)* cuando la ley no prevé el hecho como un delito o cuando parece que el hecho no existe, *iii)* o cuando el acusado no lo cometió, *iv)* cuando el acusado es una persona no punible por cualquier causa; y, *v)* en el supuesto que no existan suficientes elementos que amparen la acusación o los que hayan son contradictorios o no aptos. Los

supuestos antes mencionados son similares a los regulados en nuestra legislación peruana, los mismos que se encuentran tipificados en el numeral 2 del artículo 344° del CPP de 2004[70].

Contra la sentencia de no lugar a proceder, el fiscal, el acusado y la persona ofendida pueden interponer apelación; la persona ofendida únicamente podrá apelar en los casos de nulidad previstos en el artículo 419, párrafo 7; es decir, si en caso el GUP no cumplió con notificarle – con al menos diez días de anticipación a la audiencia- con la comunicación de la fecha, hora y lugar de la audiencia preliminar, adjuntado la solicitud de acusación realizada por el fiscal (art. 428 del CPP It.). De esta manera el legislador italiano buscar resguardar la participación de la víctima en el proceso penal, ya que como se indicó anteriormente, con la notificación de la acusación a la persona ofendida, se le apertura la posibilidad de constituirse en parte procesal, lo que le permitirá tener una participación activa al interior del proceso penal.

Si después de la emisión de la *"Sentenza di non luogo a procedere"*, surgen o se descubren nuevas fuentes de evidencia que, solo o junto con las ya adquiridas, pueden sustentar una acusación que permita el reenvío a juicio; el juez de la investigación preliminar podrá, a solicitud del Ministerio Público, ordenar la revocación de la sentencia (art. 435 CPP It.). Si el juez revoca la *sentenza di non luogo a procederé*, fijará fecha y hora para la audiencia preliminar, dando aviso a las partes interesadas presentes y disponiendo la notificación para los otras partes, de lo contrario ordena la reapertura de la investigación (art. 436, 1, 2 CPP It.).

En el supuesto de que ordene la reapertura de las investigaciones, el juez establece para su cumplimiento un plazo que no exceda de seis meses. Una vez cumplido dicho plazo, si el fiscal -sobre la base de los nuevos actos de

[70] Art. 344.- Decisión del Ministerio Público. -
2. El sobreseimiento procede cuando:
a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;
b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;
c) La acción penal se ha extinguido; y,
d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado**.**

investigación- considera que no cabe el archivo del caso, ha de solicitar el reenvío a juicio (art. 436. 4 del CPP It.). Contra la orden que declara inadmisible o rechaza la solicitud de revocación, el fiscal puede interponer recurso de casación (art. 437 del CPP It.).

De lo contrario, si el GUP emite sentencia de reenvío a juicio, dicha sentencia deberá indicar el juez competente para llevar a cabo el juicio oral; asimismo, deberá advertir de que si el acusado no comparece al inicio del juzgamiento, *será juzgado en ausencia*, también se le comunicará que puede solicitar la emisión de la sentencia abreviada dentro de los 15 días posteriores a la lectura de la sentencia o de su notificación, de conformidad con lo estipulado en el art. 438 y ss (art. 429, 2 -bis del CPP It.). Con la emisión de la *"Sentenza di non luogo a procedere"* o del *"rinvio a giudizio"*, por parte del *Giudice dell´udienza preliminare* se culmina con la segunda fase del proceso penal italiano, dando paso a la tercera etapa, que vendría a ser el juicio oral.

Una vez dictado el decreto que establece la apertura de juicio oral, la oficina del juez de la audiencia preliminar forma el expediente del juicio oral, denominado *il fascicolo dell´ dibattimento*, en el cual, de acuerdo con lo anteriormente señalado, deben incluirse solamente los actos previstos en el artículo 431 del C. de PP It, de forma que la decisión del órgano sentenciador se produzca únicamente sobre la base de las pruebas practicadas válidamente en el acto del juicio oral, o durante la fase de investigación, pero en condiciones de contradicción tales que permitan su valoración en el plenario.

En suma, los resultados de la audiencia preliminar se resumen en tres puntos claves:

1. Sentencia de no haber lugar a proceder, que vendría a ser el sobreseimiento del caso (que cierra definitivamente la causa).
2. Auto disponiendo la apertura del juicio y fijando la fecha ante el tribunal competente (con formación únicamente de las actuaciones irrepetibles y las producidas en trámite de incidente probatorio; pues la

> prueba ha de formarse en contradictorio y, por esta razón, el juzgador no debe tomar conocimiento de las actuaciones propias de las investigaciones preliminares).
> 3. El acceso, por iniciativa del imputado, a un rito alternativo o negocial o su celebración (en particular el juicio abreviado o la aplicación de la pena a solicitud de las partes) para la resolución pactada o anticipada del proceso (Pepino, 2003).

Conforme a lo señalado, se advierte que el desarrollo de la audiencia preliminar italiana es similar a lo regulado por nuestro CPP de 2004 en los artículos 344° y ss., concerniente a la etapa intermedia; esto es, una vez que el fiscal decide concluir con la investigación preparatoria tiene tres opciones, emitir: *i) requerimiento acusatorio; ii) requerimiento de sobreseimiento*; o, *iii) requerimiento mixto,* en los tres casos su decisión ha de poner en conocimiento al juez de la investigación preparatoria, quien deberá correr traslado de dicho requerimiento a todos los sujetos procesales, por un plazo de diez días a fin de que presenten sus observaciones, ya sean de carácter formal o sustancial y en el caso del sobreseimiento presentar su oposición al mismo; luego de transcurrido dicho plazo citará a las partes a la audiencia preliminar -también conocida como audiencia de control de acusación- o a la audiencia de sobreseimiento o de control mixto, dependiendo del requerimiento efectuado por el fiscal.

En la audiencia de control de acusación se debatirá las observaciones planteadas por los sujetos procesales al requerimiento fiscal (observaciones formales, excepciones, medios técnicos de defensa, solicitud de sobreseimiento, ofrecimiento de prueba, entre otros) – se lleva a cabo el control formal y control sustancial- luego de saneada la acusación fiscal, se discutirá el ofrecimiento de medios probatorios; asimismo, los sujetos procesales podrán arribar a convenciones probatorias. Para la instalación de esta audiencia no es requisito necesario la presencia del acusado, ya que la discusión es propiamente técnica y su derecho de defensa se verá garantizado con la presencia de su abogado defensor.

Finalizada la audiencia el juez deberá decidir si: *a) devuelve la acusación fiscal por defectos formales; b) sobresee la causa de oficio o a pedido de parte; o, c) emite auto de enjuiciamiento a fin de pasar la causa al órgano de juzgamiento*[71]. A diferencia del caso italiano, en esta etapa –únicamente- existe la posibilidad de la aplicación de un procedimiento especial: *el principio de oportunidad* conforme lo regulado en el art. 2 del CPP de 2004. Conforme manifesté anteriormente, en la etapa intermedia no cabe la aplicación de la terminación anticipada. Sin embargo, en la práctica algunos jueces y fiscales – pese a lo afirmado por la Corte Suprema en el Acuerdo plenario 5-2009- aplican la terminación anticipada en esta fase, contraviniendo la norma y desconociendo los fundamentos de dicho AP.

En la audiencia de sobreseimiento[72], la participación de la víctima -ya sea como agraviado o como actor civil- se realza, siempre y cuando haya presentado su oposición al mismo. Toda vez que en dicha audiencia-si existe una oposición al sobreseimiento- el debate será entre el fiscal y el agraviado o actor civil, al que se sumará la defensa del acusado en apoyo a la fiscalía con la finalidad de que se sobresea la causa a favor de su patrocinado.

La pretensión del agraviado o del actor civil, deberá estar circunscrita a: i) solicitar se eleven los autos al fiscal superior, a fin de que ordene al fiscal provincial emitir acusación (si considera que existen suficientes elementos de convicción como para acusar, que no han sido valorados adecuadamente); o, *ii)* solicitar al juez -que de manera excepcional- ordene al fiscal la realización de ciertos actos de investigación (ante la deficiencia de la investigación).

---

[71] Para mayor ahondamiento revísese el Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116: Control de acusación fiscal.

[72] Artículo 344.- Decisión del Ministerio Público

1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. En casos complejos y de criminalidad organizada, el Fiscal decide en el plazo de treinta días, bajo responsabilidad.

2. El sobreseimiento procede cuando:

a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;

b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;

c) La acción penal se ha extinguido; y,

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado".

Una vez culminado el debate, el juez decidirá si: i) declara fundado el requerimiento fiscal; y, consecuentemente emitirá el auto de sobreseimiento; ii) en caso esté en desacuerdo con lo peticionado por el fiscal, elevará las actuaciones al fiscal superior a fin de que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial; o iii) dispone la realización de una investigación suplementaria (art. 346 del CPP de 2004).

En suma, conforme ha quedado plasmado tanto la audiencia preliminaritaliana como la peruana, si en algo coinciden es que ambas audiencias cumplen una función de *filtro,* con la finalidad de evitar llevar a juicio oral casosen los que no se puedan probar la responsabilidad penal del acusado; en buena cuenta para evitar juicios inútiles.

c) *Giudizio - Juicio oral: Libro VII – Título I al III – Art. 465° al Art. 548°.*

Si el procedimiento no concluye ni con el archivo, ni con un procedimiento especial -de los anteriormente mencionados-, necesariamente acabará a través de la celebración del juicio oral. El juicio oral, es la sede natural de la formación de la prueba, la misma que se crea a través del debate contradictorio entre las partes, lo cual representa el corazón del sistema acusatorio, por cuanto en el mismo se materializan principios como el de oralidad, contradicción e inmediatez.

Y conforme lo refiere Rubio (2014), se pueden distinguir cuatro fases dentro del juicio oral italiano:

> Primeramente, encontramos la fase de los actos preliminares, donde se produce la revisión del cumplimiento de todas las formalidades prescritas para la celebración del juicio (arts. 465-469 Cpp). En segundo lugar, acontece la fase de los actos introductorios, que prevé la constitución de las partes, y la proposición bajo pena de caducidad de diversas cuestiones de carácter formal que pueden impedir la correcta celebración del juicio, así como la inmediata resolución sobre las

> mismas. Entre ellas citamos las cuestiones que se refieren a la competencia territorial, a la competencia por conexión con otros procesos, y a la posible nulidad de las investigaciones preliminares o de los actos previos al juicio (arts 484-495 Cpp).
>
> En tercer lugar, se desarrollaría el juicio propiamente dicho (…) (arts. 496-515 Cpp). Y finalmente, se entraría en la fase decisoria, donde el tribunal valora la prueba practicada y emite una sentencia motivada de absolución o de condena (Art. 523-548 Cpp). (…) en Italia es tradición que se comunique a las partes primeramente el fallo del juicio, para con posterioridad (de 15 a 90 días después) notificar la motivación de la sentencia.

En esa secuencia, tenemos que luego de que el Tribunal recibe el decreto que ordena el reenvío del caso al juicio oral, a solicitud de una de las partes puede ordenar la obtención de pruebas no diferidas para lo cual se notifica a todas las partes, al menos con 24 horas antes del día de la ejecución del acto (art. 467.1, 2). Las partes que deseen solicitar el examen de testigos, expertos o consultores técnicos u otros, deberán solicitarlo al menos con 7 días antes de la fecha establecida para la audiencia, indicándose las circunstancias en las que debe centrarse el examen (art. 468°. 1). En este preámbulo, antes del debate, cualquiera de las partes puede solicitar la adquisición de pruebas de otros procedimientos penales, para lo cual debe realizar un pedido expreso (art. 468, 4-bis.).

Conforme lo señalado en el artículo 470° del C. de PP It., el presidente del Tribunal es quien dirige la audiencia; la audiencia es pública, bajo pena de nulidad (art. 471). Existen ciertos supuestos en los cuales el desarrollo del juicio se lleva a cabo a puerta cerrada, siendo los más resaltantes los siguientes: *i)* cuando la publicidad pueda dañar la moralidad; *ii)* a solicitud de la autoridad competente, cuando la difusión de la información pueda perjudicar el interés del estado; *iii)* a solicitud de la parte interesada cuando

puedan perjudicar la confidencialidad de testigos o partes privadas con respecto a hechos que son objeto del cargo; *iv)* cuando es necesario salvaguardar la seguridad de testigos o acusados; *v)* cuando la parte ofendida es menor de edad; y, *vi)* en los delitos contra la libertad sexual (art. 472 del CPP It.). El intervalo entre una sesión y otra deberá ser con un plazo máximo de diez días (art. 477).

Culminada la verificación de los actos preliminares al debate, corresponde al presidente verificar la constitución de todas las partes procesales, como lo indiqué anteriormente, es la segunda oportunidad con la que cuenta la parte ofendida para constituirse en parte civil, si en caso no lo hubiera realizado en la etapa intermedia. Y si se verifica que la defensa del acusado no está presente, el presidente nombra a un defensor de oficio a fin de que asista al acusado (art. 484.1,2 CPP It.).

Una vez verificada la constitución de las partes y otras actuaciones, el presidente declara abierto el debate. Y corresponde al asistente del juez leer el cargo (art. 492). Seguidamente, el fiscal, la defensa de la parte civil, el tercero civilmente responsable y la defensa del acusado – en ese orden- manifiestan los hechos que pretenden probar y solicitan la admisión de evidencia. El presidente evita cualquier repetición del contenido de los actos realizados durante las investigaciones preliminares (art. 493.1, 4). Una vez completada la presentación introductoria, el presidente informa al acusado que tiene derecho a hacer las declaraciones que considere apropiadas en cualquier estado de la audiencia, siempre que se refieran al objeto de la acusación y no interfieran con la audiencia (art. 494). Durante la audiencia, el juez decide -por orden- sobre las excepciones propuestas por las partes con respecto a la admisibilidad de la evidencia. El juez, después de escuchar a las partes, puede revocar la admisión de evidencia que es superflua o admitir evidencia ya excluida (art. 495.4)

La audiencia comienza con la actuación de las pruebas solicitadas por el fiscal, seguidamente por las de la parte civil, el responsable civil, persona civilmente obligada por la pena pecuniaria y finalmente por las pruebas del acusado. Las partes pueden acordar un orden diferente para la actuación

probatoria (art. 496, 1, 2). Los testigos son examinados uno tras otro en el orden elegido por las partes que los indicaron (art. 497), las partes interrogan directamente (art. 498), las declaraciones anteriores del testigo pueden ser evaluadas con la finalidad de dar credibilidad o no al testigo (art. 500). Luego se procede al examen de los expertos y consultores técnicos (art. 501) -bajo las mismas reglas del interrogatorio para el testigo- tiene derecho a consultar documentos, notas escritas y publicaciones.

Una vez completa la adquisición de la evidencia, el juez, si es absolutamente necesario, también puede hacer arreglos para la admisión de nueva evidencia (art. 507). Luego de ello se procede a la lectura ya sea total o parcial de informes de declaraciones de testigos, de expertos, actas, etc.; e incluso se da lectura de las actas conteniendo las declaraciones del acusado realizadas ante el fiscal o la policía judicial, siempre y cuando éste tenga la calidad de ausente o se niegue a ser examinado. Asimismo, el juez de oficio decide qué documentos serán utilizados para los fines de la sentencia (art. 511, 513). También puede darse lectura a informes de pruebas actuados en otros procedimientos (art. 511-bis).

En el curso de la audiencia, el fiscal puede modificar el cargo imputado contra el acusado (art. 516). Una vez culminada la actuación probatoria corresponde a las partes exponer sus conclusiones respectivas. La parte civil presenta conclusiones por escrito, que debe incluir la solicitud de una indemnización por daños, también la determinación de su monto (art. 523, 524). Una vez cerrada la discusión, el presidente declara la clausura del debate.

La sentencia se aprueba inmediatamente después del cierre de la audiencia (art. 525.1). Para la toma de decisión final el juez no puede usar evidencia que no sea la legítimamente adquirida en la audiencia (art. 526.1). Asimismo, ha de pronunciarse sobre la responsabilidad civil y ordenar el pago de costos del proceso a favor de la parte civil; y, si la parte civil lo requiere podrá decretar la ejecución provisional de la sentencia en el extremo civil, siempre y cuando existan razones que lo justifiquen (art. 538, 540, 541).

Conforme se aprecia en el juicio oral italiano, al igual que en el caso peruano, no solo se discute la pretensión penal sino también la pretensión civil. Así, una vez concluido el debate oral el órgano de juzgamiento, ha de determinar la existencia o no de una responsabilidad tanto penal como civil.

1.2.2. Características del proceso penal italiano.

Habiendo desarrollado las etapas del proceso penal italiano, en este punto corresponde identificar – de acuerdo a lo explicado- los rasgos típicos de dicho proceso. Por lo que en resumen se tiene que el proceso penal italiano cuenta con las siguientes características:

a) En el proceso penal italiano rige el principio acusatorio.
b) División del proceso en tres fases bien definidas, que son: *1) etapa de indagación preliminar, 2) etapa intermedia o de audiencia preliminar, y 3) etapa de juzgamiento*[73].
c) Separación de funciones entre el órgano que investiga y el que juzga.[74]
d) Monopolización de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal.
e) La investigación y la acusación están a cargo del Ministerio Fiscal. La Policía Judicial coadyuva en la investigación.
f) El investigado cuenta con la facultad de realizar una *"investigación defensiva"*.
g) Para cada etapa del proceso existe un juez; su desempeño estará en función a la fase en la que se encuentra.
h) Obligatoriedad de ejercicio de la acción penal[75].

[73] Conforme lo señala Rodríguez (1997): "Dentro de las innovaciones introducidas en la estructura del proceso penal italiano, hay que destacar la nueva configuración de la fase anterior al juicio, en donde se ha eliminado la fase de instrucción prevista en el *Codice Rocco,* iniciándose el procedimiento con las investigaciones preliminares *(indagini preliminari),* con lo que se exalta y privilegia al *"dibattimento"* como la fase central del proceso. En ellas el Ministerio Público ocupa el papel central, realizando los actos de investigación necesarios con el fin de ejercitar posteriormente la acción penal" (p. 124).

[74] En ese orden de ideas, el autor español Rodríguez (1997), señala que: "En definitiva, se ha creado la investigación preliminar con un carácter instrumental respecto al ejercicio de la acción penal, y se ha delimitado perfectamente el papel que desempeñan los distintos sujetos. Así, el Ministerio Público monopoliza el ejercicio de dicha acción pública mediante el ejercicio de la acusación obligatoria, manifestación del principio de legalidad; las partes aducen pruebas, y discuten en el *dibattimento*; y, finalmente, un Juez decide" (p. 125).

[75] Es la disposición más lapidaria de todas las dedicadas a la organización judicial, y que aparece consagrada en el art. 112 de la Constitución dentro de los principios que buscan regular la estructura esencial del ordenamiento jurídico italiano. (…) lo cual implica que desde el momento en que la Policía Judicial o el Ministerio Público tienen conocimiento de la comisión de un hecho delictivo éste no tendrá

i) Existencia de un juez de garantías, quien se encarga de controlar la actividad investigadora del fiscal.
j) Lo recabado en la fase de indagación preliminar no tiene valor probatorio.
k) Una vez culminada la investigación preliminar, la decisión del fiscal es sometida a un doble control judicial.
l) Existen procedimientos alternativos que permiten concluir el proceso penal, sin la necesidad de llegar al juicio oral.
m) Cuenta con la presencia de una especial dialéctica entre las partes. En la etapa intermedia, el Ministerio Público estará obligado a afrontar la audiencia preliminar cuando quiera llevar el caso a juicio y el imputado tendrá la posibilidad de renunciar a la audiencia preliminar y solicitar la celebración de un juicio inmediato. En ese escenario, la fase de la audiencia preliminar se torna en "eventual", por cuanto sólo tendrá lugar cuando el imputado no solicite la celebración del juicio inmediato (Rodríguez, 1997)
n) La no existencia de un jurado, como sí lo hay en EE.UU., en Italia es el juez quien decide – sobre la base de las pruebas actuadas en el juicio oral – respecto a la inocencia o culpabilidad del acusado; asimismo, es él quien determina la sentencia a imponerse (Casso, 2003). Hemos de recalcar que tal característica va de acuerdo con los procesos comunes ya que, para los delitos graves, se tiene el Tribunal de lo penal (*Corte d´assise* – compuesto por 2 jueces profesionales y 6 jueces legos – personas del pueblo*).*
o) La prueba se forma en el juicio oral, bajo el principio de contradicción[76].
p) Limitación del acceso a los jueces de juzgamiento al expediente armado durante las indagaciones preliminares[77]. Lo cual implica que los jueces de

---

la posibilidad de decidir si elevar o no la acusación, si archivar directamente la *notitia criminis*, puesto que cuando crea que la *notitia criminis* carece de todo fundamento solicitará al Juez que decrete su archivo (Rodríguez, 1997, p. 129).

[76] El Juez únicamente puede sentenciar con la evidencia presentada y probada en juicio, más no con la que se podría haber reunido durante la etapa de la investigación (Pizzi y Montagna, 2004).

[77] Antes de la emisión del Código de Procedimiento Penal de 1988, el juicio usualmente consistía en una discusión sobre los materiales reunidos en el expediente en un intento por determinar el tema de la culpabilidad y la pena adecuada. Pero, después de 1988, el juicio se convirtió en el corazón del sistema y las dos partes en contienda tenían que generar la evidencia y examinarla durante el juicio. Para conseguir tal cambio, se negó el acceso de los jueces a la mayoría de los materiales reunidos durante la etapa de investigación preliminar (Pizzi y Montagna, 2004).

juzgamiento toman conocimiento por primera vez de los hechos que se investigan en la actuación del juicio oral.

q) Existen dos características que no fueron cambiadas del *civil law*, por el Código de 1988, que son: a) que el juicio determina tanto la culpabilidad como la sentencia; y b) que se permite a las víctimas continuar desempeñando un papel en el juicio con independencia del fiscal. Situación que no sucede en sistemas acusatorios (Pizzi y Montagna, 2004, p. 14)[78].

r) Una característica propia de los sistemas continentales, como el de Italia, es la pertenencia del Ministerio Fiscal – al igual que el juez – al Poder Judicial. Situación totalmente contraria a los sistemas acusatorios como el de Estados Unidos, donde el fiscal pertenece al Poder Ejecutivo y no al Poder Judicial[79].

---

[78] Al respecto Pizzi & Montagna (2004): (…) el sistema en Italia tiene una mezcla de características, algunas asociadas exclusivamente con el proceso inquisitivo y algunas que pueden encontrarse sólo en sistemas acusatorios. Por ejemplo, en los procesos en Europa continental, las víctimas a menudo pueden desempeñar un papel activo incluso al punto de ser representadas por su propio abogado, quien participa en un nivel no muy diferente del fiscal o del abogado defensor. Bajo el código de 1988, Italia todavía permite a los agraviados participar en el juicio a través de un abogado y que exijan reparaciones civiles al acusado por los daños sufridos. Mientras que la mayoría de jurisdicciones en los Estados Unidos ahora permiten a las víctimas participar en la lectura de sentencia, su participación activa mediante un abogado durante el proceso no corresponde con la tradición procesal estadounidense. En Inglaterra tampoco se permite la participación de la víctima.

Otra característica casi universal en los sistemas continentales es que en el juicio no sólo se determina la culpabilidad del acusado sino también la sentencia a imponerse en caso se determinara su culpabilidad. Esto contrasta drásticamente con los Estados Unidos e Inglaterra donde los juicios se limitan a la determinación de la culpabilidad, mientras que la determinación de la sentencia ocurre en un procedimiento separado con normas probatorias diferentes. En Italia, con las disposiciones del código, los procesos siguen ocupándose no sólo de la culpa sino también de imponer la sentencia apropiada si se determina que el acusado es culpable. La naturaleza dual de la indagación en los procesos continentales tiene consecuencias estratégicas importantes para la defensa debido a que cualquier evidencia que pudiera servir para mitigar la sentencia tendrá que presentarse durante el juicio pues no existirá otra oportunidad para hacerlo.

Otra diferencia entre los procesos realizados bajo el código en Italia y los procesos en los Estados Unidos e Inglaterra es el hecho de que el código italiano nunca intentó introducir los jurados, característica central de los sistemas del *common law*. Sólo se constituyen jurados con gente lega en Derecho en caso de crímenes muy serios, como traición, asesinato o secuestro. Incluso en esos casos, la gente (seis personas) se sienta junto a dos jueces profesionales para decidir los asuntos en eldenominado modelo de paneles "mixtos" de legos en Derecho y jueces profesionales que se pueden encontrar en Francia, Alemania, y otros países continentales. Pero la amplia mayoría de juicios penalesen Italia se realizan sólo ante jueces profesionales sin participación de gente lega en Derecho (p. 3-4)

[79] El término italiano empleado para referirse para la persona que presenta la acusación es *pubblico ministero* que en términos gruesos se traduce como ministro para lo público. Por facilidad en este artículo, hemos usado el término "fiscal público" para indicar a la autoridad acusadora. Pero el italiano no tiene una palabra específica para "fiscal" y esto debido a que el *pubblico ministero* es conceptualmente diferente de un fiscal en los Estados Unidos. En los sistemas continentales, el fiscal

s) La víctima cuenta con facultades para participar activamente al interior del proceso penal. Puede constituirse en parte civil en la etapa intermedia y al inicio del juicio oral.

Así, las características anteriormente mencionadas son una combinación de las peculiaridades propias de un sistema acusatorio con la de un sistema continental; pues conforme lo señalan Pizzi y Montagna, una característica típica de los sistemas continentales es la participación de la víctima -independiente del fiscal- en el proceso penal, característica que no se observa en un típico sistema acusatorio como el de Estados Unidos. En ese sentido, si bien Italia introdujo a su sistema procesal penal el modelo acusatorio, éste fue adaptado a su propia realidad social, adquiriendo un modelo acusatorio a lo italiano.

En definitiva, como se ha podido apreciar del sucinto estudio del sistema procesal penal italiano, la reforma ha dejado un cambio importante en cuanto a principios que rigen el proceso penal, en relación a la participación de los sujetos procesales, en la formación de la prueba, la división de las etapas, monopolización de la acción penal, introducción de distintos jueces para cada fase procesal, creación de procedimientos alternativos, equiparación entre la actividad investigadora que realiza el fiscal y la que realiza la defensa del investigado, etc., rasgos que le han permitido alejarse de las particularidades propias de un sistema mixto, marcadamente inquisitivo como el Código Rocco de 1930.

1.3.- Modelo procesal penal italiano.

Luego de haber desarrollado la forma como se desenvuelve el proceso penal italiano, así como las características de su sistema procesal penal, corresponde en este punto determinar con qué tipo de modelo procesal penal

---

público es una figura judicial y parte del mismo sistema judicial que incluye a los jueces de conocimiento y a los jueces de apelación.

Esta es una gran diferencia con los Estados Unidos, donde los fiscales son miembros del Poder Ejecutivo y usualmente elegidos. En los sistemas europeos como el italiano, cualquier miembro del Poder Judicial puede postular al cargo de fiscal público si existe una vacante. Esto significa que puede moverse de la posición de juez a la posición de fiscal público y viceversa, en tanto las vacantes surjan para diferentes posiciones en ciudades diferentes. (Pizzi y Montagna, 2004, p. 14)

se identifica. Ya que en la doctrina no existe un consenso respecto a si llegó acoger en su plenitud el modelo acusatorio-adversarial de influencia angloamericana o a la fecha arrastra rasgos inquisitivos provenientes de su antiguo Código *Rocco* de 1930.

Al respecto, Rodríguez (1997), señala: "(…) en Italia, en la actualidad, encontramos un proceso típicamente acusatorio frente al predominio inquisitivo anterior, cuya estructura aparece asentada en tres pilares fundamentales: a) Separación de funciones, b) separación del proceso en fases distintas, y c) Máxima simplificación del proceso" (p. 120).

Por su parte Luparia (2014), refiere: "Los institutos nacidos por imitación del arquetipo acusatorio, paradojalmente no se han inspirado en el concreto ordenamiento normativo actualmente vigente en Inglaterra o en Estados Unidos, sino que en una especie de visión "sin tiempo", abstracta, de dichos mecanismos procesales. De ello ha resultado que, en algunos aspectos, el proceso penal italiano ha terminado por poseer características que se asimilan más al proceso anglo-americano del pasado que al que hoy en día se desenvuelve en las aulas de justicia" (p. 4).

De otro lado, Gómez (2015), sostiene que, "el *Codice di Procedura Penale* de 1988, vigente en Italia hoy, representó en su momento la interpretación no norteamericana más literal del sistema adversarial anglosajón", aunque el modelo no está exento de algunas características inquisitivas" (p. 331).

Para Rubio Eire (2014): El Código de procedimiento penal es de carácter acusatorio, aunque con el mantenimiento de algunos elementos inquisitivos. Sin embargo, Casso (2003), afirma que, "el Código de Procedimiento Penal de 1988 – y ésta es una singularidad del actual sistema procesal italiano- ha permitido una alternativa inquisitiva del proceso ordinario acusatorio. Es decir, el imputado puede elegir entre un proceso de naturaleza inquisitiva y un proceso de naturaleza acusatoria. La alternativa inquisitiva en el sistema del nuevo código está representada por los procedimientos especiales, en particular, por el juicio abreviado y por el conciliatorio" (p.16-17).

Finalmente, Luparia (2014) afirma: "(…) la parte civil y el sistema de impugnaciones son vestigios de la tradición continental (principalmente

francesa) que no han dado una óptima prueba de compatibilidad con la elección acusatoria efectuada" (p. 8).

Efectivamente, conforme se aprecia en líneas *supra*, es difícil identificar al proceso penal italiano con un modelo procesal en específico, pues de sus características típicas podemos apreciar que cuenta con particularidades de un modelo *acusatorio* (que se verifica plenamente por la existencia de un órgano acusador que se vislumbra en el juicio oral a través de los principios de oralidad, contradicción e inmediación), de un *adversarial* (por la introducción de las *indagaciones defensivas*, que otros países que se caracterizan como adversariales, no lo tienen), e incluso aún mantiene ciertos elementos del sistema inquisitivo – como lo refiere Rubio Eire-. En ese sentido es una tarea complicada identificarlo con un único modelo procesal. Sin embargo, a fin de plantear una postura al respecto considero que el proceso penal italiano es un proceso penal acusatorio, con rasgos adversariales.

¿Por qué con rasgos adversariales?, porque el proceso penal en Italia en comparación con otras legislaciones que se hacen llamar adversariales o se caracterizan por tener rasgos adversariales, ha buscado introducir desde el inicio de las indagaciones preliminares el rasgo típico que caracteriza a este modelo procesal que es *"la igualdad procesal",* lo cual implica que la participación del investigado sea en igualdad de condiciones que la del Ministerio Público, pero no sólo al llegar a la etapa de juicio oral, sino desde la etapa de investigación.

Así, Italia -como se ha visto anteriormente- cuenta con *"las indagaciones defensivas"* a favor del investigado; es decir, el principio de igualdad procesal se ve plasmado desde el inicio de las investigaciones y no sólo en la etapa de juzgamiento como lo hacen otras legislaciones (incluida la nuestra). Siendo éstas las razones por las que considero o realzo los rasgos marcadamente adversariales en el proceso penal italiano. Siempre, recordando que dicho modelo ha adquirido sus propias peculiaridades conforme a su realidadjurídica [ejemplo de ello es la participación de la víctima en el proceso penal].

Sumado a ello a fin de reafirmar mi postura al respecto he realizado un cuadro en donde se identifica a cada modelo procesal con ciertas características

propias de cada modelo, para lo cual se ha examinado las obras de autores como Cubas (2006), Gómez (2006), Neyra (2010), Armenta (2012), San Martín (2014), Reyna (2015), Arbulú (2015), Jimeno (2015), Aráuz (2016) y Nieva (2017). Siendo que para indicar las características más resaltantes del modelo adversarial se ha acogido casi en su totalidad lo referido por los autores españoles Armenta y Gómez.

Modelo acusatorio Moderno	**Modelo inquisitivo**	**Modelo adversarial**	**Modelo Mixto y/o Acusatorio formal[80]**
Típicas de sociedades democráticas. Separación entre el órgano que investiga y juzga. El órgano fiscal es el encargado de investigar y acusar. Es titular de la acción penal Se monopoliza la acción penal en el Ministerio Público. El fiscal debe actuar de manera imparcial, la investigación que realiza es tanto para probar la culpabilidad como la inocencia del inculpado. Se cuenta con garantías que hacen que un proceso sea justo, como el derecho a la defensa, igualdad de armas, presunción de inocencia, entre otros. El proceso no debe tener una duración desmedida o indeterminada. Debe desarrollarse en un tiempo razonable (principio de celeridad procesal). Ausencia de dilaciones indebidas. Se enfatiza en el respeto al derecho de inocencia de las personas. El proceso se desarrolla conforme a los principios de oralidad, contradicción, inmediación e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad. Se establecen salidas alternativas expresadas en la posibilidad de consenso entre la pretensiónpunitiva concreta mantenida por la fiscalía y el imputado y su defensa. La presentación de las pruebas constituye una carga exclusiva de las partes.	Es propio de regímenes monárquicos, despóticos, absolutistas y totalitarios. Las tres funciones se unifican en la persona del juez (investiga, acusa y juzga). Se afirmó la persecución de oficio para consolidar la autoridad real, la organización política y el orden social. Prima la investigación secreta y escrita. La iniciación del proceso no depende de un acusador. Rige el brocardo *"procedat iudex ex officio".* La prisión preventiva es la que prima. El juez determina subjetiva y objetivamente la acusación. El papel del juez es activo desde la investigación hasta la etapa de juzgamiento. No existe imparcialidad del juez al momento de juzgar. No hay contradicción ni igualdad. No hay partes. Los poderes del juez son absolutos frente a un acusado. El derecho de defensa se encuentra restringido. Se regula la tortura, como método para obtener la verdad. El acusado es tratado como un objeto. Su declaración es considerada como la fuente más importante de información.	Prima la igualdad de armas entre las partes procesales. Existen dos investigaciones separadas, la desarrollada por el fiscal y la policía, y la del imputado y su defensor, siendo cada parte dueña de su propia investigación y resultando ambas independientes. Acusador y defensor aportan pruebas en igualdad de condiciones. Existe iniciativa de las partes, tanto para accionar como para probar. Las partes impulsan el proceso con su actividad. Se priva al juez del acceso al expediente. Se realza la contienda entre las partes. Este modelo básicamente se expresa en el plano de la audiencia, a través de la contradicción. Se garantiza la imparcialidad del juzgador. Se abandona la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal. Se acepta la verdad creada como resultado de la confrontación entre la aportación y práctica de la prueba por las partes. No se utiliza al acusado como objeto de investigación. Únicamente se admiten como pruebas de cargo	Separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al Juez de instrucción y al tribunal respectivamente. Predominio del sistema inquisitivo en la etapa de la instrucción. Y predominio del sistema acusatorio en la etapa del juicio oral - plenario. La instrucción es reservada. El juzgamiento es público. El imputado goza de derechos, la in *dubio pro reo* le favorece. El Estado es el que tiene la carga de la prueba y mientras tanto el imputado es considerado inocente. Libre convicción o sana crítica al momento de la valoración de la prueba. Decisión secreta, o sin defensa o sólo con defensa escrita, acerca de la remisión del imputado a juicio o sobre su encarcelación provisional. El juicio oral se desarrolla bajo los principios de publicidad y oralidad. El juez decide sobre la responsabilidad o inocencia del acusado e impone la pena.

[80] Tal es la terminología utilizada por un amplio sector doctrinal equiparando ambos términos; con el segundo de ellos parece quererse resaltar la preferencia por el modelo acusatorio, siquiera desde una perspectiva formal (Jimeno, 2015, p. 50).

El juzgamiento es oral y público. El juez asume un rol pasivo durante el juicio, le corresponde valorar las pruebas que rindas las partes. Se cuenta con un juez imparcial. El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación. El veredicto se fundamenta en el libre convencimiento.	El procedimiento penal se erigió como el método para averiguar la verdad histórica. El objetivo principal, era descubrir la verdad: que el acusado confesase, se arrepintiera y finalmente fuera castigado. No existe correlación entre acusación y sentencia. El juez puede en cualquier momento alterar la acusación. El juez decide sobre la responsabilidad o inocenciadel acusado e impone la pena. La decisión se adopta en base al sistema de pruebas legales. No existe motivación de las sentencias.	aquellas que se producen oralmente y ante el jurado, estando sometidas a examen cruzado. Juez es un espectador que decidirá conforme a las pruebas aportadas por las partes en igualdad de condiciones Juez y jurado tienen una actuación pasiva.	

Finalmente, puedo concluir este apartado indicando que para la incorporación de salidas alternativas al proceso penal y para su mejor aplicación, es necesario que se cuente con un modelo procesal de tipo acusatorio, pues éste hace posible la aplicación de estas figuras procesales que facilitan la conclusión del proceso penal sin la necesidad de llegar a la etapa del juicio oral. Así conforme lo refiere Rodríguez (1997): “La elección de estos procedimientos por parte del imputado está en consonancia con los principios del procedimiento acusatorio, que siempre dejan espacio para que los poderes dispositivos de las partes puedan configurar el objeto del proceso, facultades dispositivas que alcanzan ahora unas cotas sin precedente alguno (p. 135)”.

2.- El *“pattegiamento”* o aplicación de la pena a instancia de partes.

Habiendo plasmado el escenario en el que se desenvuelven las partes dentro del proceso penal italiano, corresponde en este punto estudiar *“el pattegiamento”*, figura procesal que se inspiró en el *plea bargaining* estadounidense. Por lo que primero voy a comenzar definiendo dicho vocablo, para luego estudiar la forma cómo es que se desarrolla esta figura procesal, qué sujetos procesales intervienen, cuál es la participación de cada uno de ellos y los beneficios que se le otorga al imputado. Así también, verificaremos cuál es la participación de la víctima dentro de este rito procedimental y

finalmente realizaré una comparación con el *plea bargaining* norteamericano y la terminación anticipada en el Perú. Dicho desarrollo me permitirá determinar la influencia que tuvo el *patteggiamento* italiano en nuestra terminación anticipada.

2.1. Definición.

La voz italiana *"patteggiamenti"* (sinónimo *pátta*) tiene un origen muy antiguo y significa: acuerdo, convenio, contrato, estipulación o pacto. En el ámbito del proceso penal, esta palabra sirve para designar una institución que el Tribunal Constitucional Italiano, ha definido de la siguiente manera:

> "(…) el pattegiamento constituye, en efecto, un negocio procesal que tiene un contenido predeterminado, en el cual los beneficios reconocidos al imputado, son compensados por su aceptación de una pena acordada, con renuncia al debate y a la apelación en grado. Desde esta perspectiva, se ha previsto que tanto el Ministerio Público, al prestar su asentimiento, como el juez, al valorar la adecuación de la pena y la correcta aplicación de las circunstancias, deben tener en cuenta la mayor peligrosidad social derivada de la reincidencia reiterada" (énfasis añadido) (traducción libre) (Salinas, 2011, p. 91-92).

Conforme se aprecia de la definición que se le otorga al *patteggiamento*, a simple vista resalta que éste no se define como una "*declaración de culpabilidad*" *o "aceptación de culpa"* -por parte del imputado-, como sí se detalla en el *plea bargaining.* Una diferencia muy importante que debemos de tener en cuenta al estudiar el *patteggiamento*, punto en el que me detendré más adelante. Sin embargo, de manera general podemos afirmar que ambas figuras procesales son acuerdos o negociaciones entre el fiscal y el imputado para culminar el proceso penal sin la necesidad de llegar a la etapa de juicio oral.

Así, como veremos en los siguientes acápites, entre la figura procesal del país europeo y la del país norteamericano, existen más diferencias que similitudes. Por lo que habiendo establecido el significado de la locución *patteggiamento*, el mismo que nos plantea una idea de lo que vamos a estudiar, pasemos a desarrollar esta figura procesal desde su incorporación a la legislación italiana.

2.2. Tratamiento de la "applicazione della pena su richiesta delle parti", más conocido como "patteggiamento".

2.2.1. Antecedentes. -

Luego de cuarenta años de vigencia del *Código Rocco*, la mayor preocupación del legislador italiano era la excesiva duración de los procesos penales; y, a fin de dar solución a dicha problemática se vio en la necesidad de establecer soluciones alternativas al proceso penal ordinario, el mismo que culminaba -necesariamente- a través del juicio oral. Por lo que siendo ese el escenario llegó a la conclusión de que la mejor solución sería aplicar la lógica de privilegiar al máximo las soluciones que por la naturaleza del delito y con la dificultad de las averiguaciones, se caractericen por la rapidez y por laagilidad, convirtiéndose en "… *una sorta di transazione sull´esito del processo*" (Rodríguez, 1997).

Es así que el legislador italiano se interesó por la experiencia alcanzada en los países del *common law* con el instituto de los *pleas of guilty*, que conseguían solucionar, como hemos visto, casi el noventa por ciento de la totalidad de los casos penales sin ser necesario celebrar la fase de juicio oral, a pesar de que ello conllevara una pérdida de garantías respecto al procedimiento ordinario (Rodríguez, 1997, p. 140).

En dicho contexto, el 24 de noviembre de 1981 mediante la Ley N° 689 se instauró por primera vez en Italia el antecedente inmediato del *patteggiamento,* el mismo que se encontraba regulado en el art. 77 (*Capítulo II:* Sanciones Sustitutivas de la Pena Privativa de la Libertad Breve, *Sección II:* Aplicación de Sanciones Sustitutivas a Pedido del Imputado), (Salinas, 2011).

Y conforme lo sostiene Fernández (2010), “la creación de esta Ley, obedeció a criterios de política criminal, pues se la diseñó para los delitos de poca relevancia, para lo que nosotros denominamos delitos de bagatela; temas contenciosos de poca entidad o de escasa alarma social” (p. 213).

Dicha ley consideró diversos mecanismos de despenalización y alternativas a la privación de la libertad (semidetención, libertad controlada y pena de multa), que se denominaron penas sustitutivas *(penas sostitutivas),* cuya aplicación ante el juez, podía ser invocada por el procesado, siempre que contara con el parecer favorable del Ministerio Público, tal como se puede apreciar en la siguiente traducción libre del citado precepto:

> “Art. 77.- Ámbito y Modalidad de Aplicación.- En el transcurso de la instrucción y hasta que no se haya completado, por primera vez la formalidad de apertura del debate, el juez, cuando considere-luego del examen de los actos e indagaciones que eventualmente se hayan dispuesto-, que existen elementos que permiten aplicar la sanción sustitutiva de la libertad controlada o la pena pecuniaria, puede disponer con la sentencia, a pedido del imputado y con el parecer favorable del Ministerio Público, la aplicación de la sanción sustitutiva, con exclusión de toda pena accesoria y medida de seguridad, a excepción de la confiscación en los supuestos previstos por el segundo inciso del artículo 240 del Código Penal. En tal caso, con la misma sentencia, se declara la extinción del hecho punible, por la aplicación de la sanción sustitutiva a pedido del imputado. (…) La sentencia produce solamente los efectos expresamente previstos en la presente Sección. Contra la sentencia de admite únicamente recurso de casación”. (énfasis añadido) (Salinas, 2011, pp. 93-94)

Por las características de esta institución y los beneficios que otorgaba (que alcanzaba hasta la eximición de la pena), en Italia se generó una discusión de

si se encontraban ante sanciones de tipo administrativas o de tipo penal. Sobre este punto el autor español Rodríguez (1997), refiere: "Con la aprobación de la Ley del 24 de noviembre de 1981, núm. 689, de modificación del sistema penal, se produjo un cambio cualitativo no sólo porque se amplió el ámbito de la despenalización de todas las infracciones de escasa entidad o que causan poca alarma social (delitos bagatelarios), sino porque se introdujo en Italia por primera vez una regulación general de los ilícitos administrativos, en un intento de provocar que el legislador futuro tuviera que elegir permanentemente entre dos tipos de ilícitos, penales y administrativos, reservando el proceso penal sólo para la represión de los primeros, puesto que en Italia estaba fuertemente arraigada la tradición de que la sanción administrativa no podría jamás servir de instrumento de protección preventiva del interés general" (p. 141)[81].

Así, como lo refiere CHOZAS ALONSO (como se citó en Córdova Rosales): "Para algunos, esta figura procesal adoptada por el ordenamiento jurídico penal italiano era una forma simplificada y abreviada del proceso penal, lo que suponía que las sanciones a imponerse a través del mismo eran penales. Para otros, transformaba el ilícito penal en administrativo, por lo que las sanciones eran administrativas. Produciéndose así una despenalización a instancia de parte, una alternativa al proceso penal y no ya una forma abreviada del mismo" (p. 83).

Es decir, "mientras que algunos autores entendían que se trataba de una forma simplificada y abreviada del proceso penal, lo que suponía que las sanciones a imponer a través del mismo eran penales; otros consideraban que la solicitud del art. 77 determinaba una transformación del ilícito penal en administrativo, y, en consecuencia las sanciones eran administrativas; según estos últimos autores se producía una despenalización a instancia de parte, una alternativa al proceso penal y no ya una forma abreviada del mismo" (Barona, 1994, pp. 115-116). Sin embargo, "tal discusión culminó con el

[81] El viejo *patteggiamento* se configuró como una medida despenalizadora que tenía lugar en sede procesal: la instancia del imputado servía de título para la reducción del ilícito, atribuyendo el Juez al imputado por el delito la comisión de los hechos delictivos, absolviéndolo, aplicándole una sanción no penal, produciéndose una extinción del delito; de este modo el Ministerio Público renunciaba a concluir la acción penal con autorización del Juez (para no chocar con lo establecido en el art. 112 *C. It.*), según los esquemas del *"provedimento di archivazione"* del art. 74 *C.P.P.It.* (Rodríguez, 1997, p. 143).

pronunciamiento de la *Corte Constituzionale* en la sentencia núm. 148 de 1984, donde se reafirmó la naturaleza penal de las sanciones sustitutivas y señaló la imposibilidad de aplicar por analogía la normativa del art. 53 puesto que se trataba de una medida con caracteres especiales" (Rodríguez, 1997, p. 161).

Por otro lado, he de recalcar que de las modalidades del *plea bargaining* (*sentence bargaining, charge bargaining y la forma mixta*), el legislador italiano importó para su ordenamiento jurídico la modalidad del *"sentence bargaining"*, la misma que se visualiza en la *applicazione della pena su richiesta delle parti,* (Rodríguez, 1997).

Y en lo que respecta a la participación de la parte civil en la *"aplicación de sanciones sustitutivas a pedido del imputado"*, regulado en la Ley N° 689°, Rodríguez (1997) indica que:

> En el instituto del *patteggiamento* de 1981 no se preveía ninguna forma de tutela del que ha sido perjudicado por el delito: la parte civil era la gran olvidada por el legislador y la gran recordada por la doctrina, junto a la figura de la víctima, para que tuvieran una presencia significativa. Los arts. 77 y ss., al no precisar la naturaleza de la *sentencia patteggiata*, planteaban el problema teórico-práctico de que, si se atribuía a esa sentencia una naturaleza de condena, sería legítima que se condenara al imputado al pago de las costas procesales y al resarcimiento de los daños a la parte civil; sin embargo, tal condena no sería admisible si consideráramos que nos encontrábamos ante una sentencia de absolución.
>
> (…) es así que se dio una nueva redacción al art. 79 de la Ley 689: se introdujo la previsión de la obligación que tiene el juez penal de decidir sobre la restitución y el resarcimiento de los daños en el caso de aplicarse una

> sanción sustitutiva a instancia del imputado en apelación o juicio de reenvío. En ese sentido en la sentencia de 25 de marzo de 1983 la Sección Sexta de la Corte de Casación reconoció la naturaleza de condena de la sentencia emanada del 77, disponiendo la condena del imputado al pago de las costas procesales y del resarcimiento de los daños a favor de la parte civil constituida. Sin embargo, esta orientación no fue la predominante, puesto que se temía que ello llegara a desincentivar a los imputados a recurrir al instituto del *patteggiamento* (p. 156).

La decisión de la Corte de Italia, a través de la Casación de fecha 25 de marzo del año 1983, iba acorde a las normas que regulaban la participación de la parte civil en el proceso penal italiano de ese entonces, que incorporaba la discusión de la reparación civil en el proceso penal, aunque en instancia de apelación o juicio de reenvío, pero al menos no se le desconocía el derecho de resarcimiento a la víctima. Pero sin embargo, conforme lo refiere Rodríguez, tal posición de la Corte de Italia no fue la predominante; y ello se debió a que temían que los imputados no hicieran uso de esta figura procesal (la petición de la víctima podría desincentivar la aplicación del *patteggiamento* y los imputados terminarían eligiendo el proceso común), lo que iría en contra de la meta planteada por el legislador: celeridad procesal y reducción de la carga procesal, puntos que prevalecieron y motivaron la introducción de esta institución al proceso penal italiano.

Pero ni excluyendo a la parte civil de dicho procedimiento especial, el legislador pudo obtener lo que esperaba. Pues, conforme lo sostiene Rodríguez (1997): Esta ley no tuvo los resultados esperados por parte del legislador, ya que durante siete meses de su operatividad solamente el 0.78% de los procedimientos ante el Pretor fueron concluidos a través de esta figura.

Así, continúa el mismo autor, en los años posteriores dicho porcentaje aumentó, pero en general se mantuvo en unos porcentajes inferiores a los que

sería oportuno. Para Lattanzi, las razones del fracaso radican principalmente en los límites señalados para este procedimiento; es decir, el ámbito tan cerrado de delitos a aplicarse (el *patteggiamento* sólo ha de aplicarse para delitos donde la imposición de la pena no sea superior a tres meses, que señala la duración máxima de la libertad controlada). Es debido a ello que las reformas que debían plantearse a este instituto debían incidir en ampliar el ámbito de aplicación y a incentivar su uso por parte del imputado (Rodríguez, 1997).

En esa misma línea de ideas Pepino (2003), señala que:

> El impacto de las salidas alternativas en el sistema procesal penal italiano, no ha sido el mismo que en Estados Unidos, donde el 95% de casos concluían mediante los *pleas of guilty* (en cualquier de sus dos modalidades, ya sea en su forma básica o a través del *plea bargaining* – acuerdo negociado*)* y solo el 5% iba a juicio oral.
>
> Ello se debe a las siguientes razones: *1),* por desconfianza de jueces y abogados, que han preferido – a veces por razones opuestas- no abandonar el rito ordinario; *2),* Porque la presencia, ineludible, de la doble instancia y del recurso de casación aproxima en todo caso los tiempos de la prescripción y es un potente incentivo para dilatar el trámite, en la esperanza de conseguir ese objetivo. *3)* Porque un sistema en el que las penas legales oscilan entre los mínimos y máximos muy distantes, la misma disminución de la pena en un tercio, prevista en el juicio abreviado, es una suerte de lotería (pudiendo muy bien suceder que la pena infligida en el rito ordinario, partiendo del mínimo legal, sea inferior a la aplicada en el rito abreviado con la reducción de un tercio…). *4)* Porque la limitación del *patteggiamento* a las penas no superiores en concreto a

> dos años limita de manera significativa el recurso a ese instrumento. Así, sean cuales fueren las razones, lo cierto es que la incidencia de los ritos alternativos ha sido globalmente muy modesta (según datos atendibles,por debajo del 30%) (pp. 100-101).

Vale decir, el problema no era la participación de la parte civil – como erróneamente se consideró- en el procedimiento especial del antecedente inmediato del *patteggiamento*, el problema yacía, en el hecho de que ésta figura -únicamente- se aplicaba a delitos menores, con penas muy bajas (pena pecuniaria o libertad controlada). Siendo ello así, al imputado le convenía probar suerte en el juicio oral, donde podría ser absuelto del delito imputado o el mismo podría prescribir. En otras palabras, conforme se encontraba regulado el *patteggiamento*, no iba a tener el impacto esperado por el legislador, pues dicha figura procesal no era muy atractivo para el imputado y su defensa.

Para ser más precisos, si lo que se quería era mejor las cifras de aplicación del *patteggiamento,* entonces, resultaba necesario una urgente modificación a fin de obtener la meta trazada por el legislador: *"celeridad en los procesos y reducción de la carga procesal".* Es así que, en 1988, a través de la reforma procesal italiana, se introdujo diversas modificaciones a la figura del *patteggiamento*, que lo harían más atractivo a los ojos del imputado. Este rito procedimental, a la actualidad se encuentra regulado conforme se señala a continuación.

2.2.2. Regulación actual. -

Actualmente, el *patteggiamento* lo encontramos regulado en el *Códice de Procedura Penale* de 1988, desde el artículo 444° hasta el 448° en el Título II: *Aplicación de la pena a pedido de las partes*, del Libro VI, referido a los *procedimientos especiales*[82]. Y conforme lo refiere Marcolini (2012): Esta

[82] **Código de Procedimiento Penal**: **Segunda Parte**, **Libro Sexto, Procedimientos Especiales**. **Título II: Aplicación de la sanción a solicitud de las partes. Art.444.**

1. El acusado y el fiscal pueden solicitar al juez que aplique, en la especie y en la medida indicada, una sanción de reemplazo o una sanción monetaria, reducida en hasta un tercio, o una pena privativa de libertad cuando, teniendo en cuenta de circunstancias y disminuido a un tercio, no excede los cinco años solo o en conjunto con una multa financiera.
1 bis. Los procedimientos para los delitos mencionados en el Artículo 51, párrafos 3 - bis y 3 - quater, los procedimientos para los delitos mencionados en los Artículos 600 - bis, 600 - ter, primero están excluidos de la aplicación del párrafo 1 , párrafos segundo, tercero y quinto, 600 - quater, segundo párrafo, 600 - quater.1, relacionado con la conducta de producción o comercio de material pornográfico, 600 - quinquies, así como 609 - bis, 609 - ter, 609 - quater y 609 -Octías del Código Penal, así como contra aquellos que han sido declarados delincuentes habituales, profesionales y de tendencia, o delincuentes reincidentes de conformidad con el artículo 99, cuarto párrafo, del Código Penal, si la sentencia excede dos años solamente o conjuntamente una multa.
1 ter. En los procedimientos por los delitos previstos en los artículos 314, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater y 322 bis del código penal, la admisibilidad de la solicitud a que se refiere el apartado 1 está sujeta al reembolso total del precio o beneficio del crimen.
2. Si también existe el consentimiento de la parte que no ha hecho la solicitud y no se debe pronunciar una sentencia absolutoria de conformidad con el Artículo 129, el juez, sobre la base de los documentos, si considera que la clasificación legal del hecho es correcta, el aplicación y comparación de las circunstancias propuestas por las partes, así como el castigo indicado, con juicio de la aplicación indicando en el dispositivo que hubo una solicitud de las partes. Si hay una acción civil, el juez no decide sobre la solicitud relacionada; sin embargo, se le ordena al acusado que pague los costos incurridos por la parte civil, a menos que haya solo razones para una compensación total o parcial. No se aplica lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 75.
3. Al formular la solicitud, la parte puede subordinar su efectividad a la suspensión condicional de la sentencia. En este caso, el juez, si considera que no se puede otorgar la suspensión condicional, rechaza la solicitud.

3-bis. En los procedimientos por los delitos previstos en los artículos 314, primer párrafo, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, primer párrafo, 320, 321, 322, 322-bis y 346-bis del código penal, la parte, alhacer la solicitud, puede subordinar su efectividad a la exención de las sanciones accesorias previstas en el artículo 317-bis del código penal o a la extensión de los efectos de la suspensión condicional también a estas sanciones accesorias. En estos casos, el juez rechaza la solicitud si cree que está aplicando las sanciones adicionales o cree que no se puede otorgar la extensión de la libertad condicional.

Art. 445.
Efectos de la aplicación de la sanción previa solicitud.
1. La sentencia prevista en el artículo 444, párrafo 2, cuando la sentencia impuesta no exceda de dos años de prisión solo o en conjunción con una sanción monetaria, no implica que la sentencia pague los costos del procedimiento o la aplicación de sanciones accesorias y de medidas de seguridad, salvo confiscación en los casos previstos en el artículo 240 del código penal. En los casos previstos en este párrafo, se reserva la aplicación del párrafo 1-ter.

1 bis. Salvo lo dispuesto en el artículo 653, la oración prevista en el artículo 444, párrafo 2, también cuando se pronuncia después del cierre de la audiencia, no tiene efecto en los juicios civiles o administrativos. A menos que la ley disponga lo contrario, la sentencia es equivalente a una sentencia de condena.

1 ter. Con la sentencia de aplicación de la pena a que se refiere el artículo 444, párrafo 2, de este código para algunos de los delitos previstos en los artículos 314, primer párrafo, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primer párrafo, 320, 321, 322, 322-bis y 346-bis del código penal, el juez puede aplicar las sanciones accesorias previstas en el artículo 317-bis del código penal.

2. El delito se extingue, si se ha impuesto una pena privativa de libertad que no exceda de dos años solo o junto con una multa monetaria, si dentro de los cinco años, cuando la sentencia se refiere a un delito, o dos años, cuando la sentencia se refiere contravención, el acusado no comete un delito o una contravención de la misma naturaleza. En este caso, cualquier efecto criminal se extingue, y si se ha aplicado una sanción pecuniaria o una sanción de reemplazo, la aplicación no es, sin embargo, un obstáculo para la concesión de una suspensión condicional posterior de la sanción.

figura procesal, mantiene su naturaleza jurídica y la razón de su creación -al igual que en la Ley 689-; esto es, su núcleo sigue siendo el acuerdo entre la fiscalía y defensa sobre la *cantidad* de pena que se impondrá, con renuncia a la disputa y solicitud al juez para transponer el acuerdo en la sentencia. Asimismo, el rito sigue definiéndose como "deflacionario" porque, con respecto al esquema general tiende a evitar la celebración de la audiencia consensual, porque requiere el consentimiento del acusado y, finalmente,

---

Art. 446.
Solicitud de aplicación de la pena y consentimiento.
1. Las partes podrán formular la solicitud prevista en el artículo 444, párrafo 1, hasta la presentación de las conclusiones a que se refieren los artículos 421, párrafo 3 y 422, párrafo 3, y hasta la declaración de apertura de la audiencia de primera instancia en el procedimiento forma directa Si el decreto de sentencia inmediata ha sido notificado, la solicitud se realiza dentro del plazo y con los formularios establecidos en el artículo 458, párrafo 1.
2. La solicitud y el consentimiento en la audiencia se formulan oralmente; en otros casos se formulan con un documento escrito.
3. La voluntad del acusado se expresa personalmente o por medio de un abogado especial y la suscripción se autentica en los formularios previstos en el artículo 583, párrafo 3.
4. El consentimiento para la solicitud se puede dar dentro de los términos establecidos en el párrafo 1, incluso si previamente fue denegado.
5. Si el juez considera apropiado verificar la naturaleza voluntaria de la solicitud o el consentimiento, ordena al acusado que comparezca.
6. El fiscal, en caso de desacuerdo, debe indicar los motivos.

Art. 447.
Solicitud de aplicación de la pena en el curso de investigaciones preliminares.
1. Durante las investigaciones preliminares, el juez, si se presenta una solicitud conjunta o una solicitud con el consentimiento por escrito de la otra parte, fija, por decreto en la parte inferior de la solicitud, la audiencia para la decisión, asignando, si es necesario, una fecha límite para el solicitante para la notificación a la otra parte. Al menos tres días antes de la audiencia, el archivo del fiscal se deposita en el registro del juez.
2. En la audiencia, el fiscal y el defensor son escuchados si aparecen.
3. Si la solicitud es hecha por una de las partes, el juez establece una fecha límite por decreto a la otra parte para expresar su consentimiento o disidencia y ordena que la solicitud y el decreto sean notificados por el solicitante. Antes del vencimiento del plazo, no se permite la revocación o modificación de la solicitud y, en caso de consentimiento, procedemos de acuerdo con el párrafo 1.

Art. 448.
Medidas judiciales.
1. En la audiencia prevista en el artículo 447, en la audiencia preliminar, en la sentencia más directa y en la sentencia inmediata, el juez, si las condiciones para aceptar la solicitud prevista en el artículo 444, párrafo 1, pronuncian de inmediato la sentencia. En caso de desacuerdo por parte del fiscal o rechazo de la solicitud del juez para investigaciones preliminares, el acusado, antes de la declaración de apertura de la audiencia de primera instancia, puede renovar la solicitud y el juez, si lo considera fundado, inmediatamente pronuncia la oración. La solicitud no es renovable ante otro juez.
2. En caso de disenso, el fiscal puede apelar; en otros casos la oración es final.
2 bis. El fiscal y el acusado pueden apelar en casación contra la sentencia solo por razones relacionadas con la expresión de la voluntad del acusado, la falta de correlación entre la solicitud y la sentencia, la clasificación legal errónea del hecho y la ilegalidad. La sanción o medida de seguridad.
3. Cuando la sentencia se pronuncia en la sentencia de apelación, el juez decide sobre la acción civil de conformidad con el artículo 578.
Véase en: https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/applicazione-della-pena-su-richiesta-delle-parti. Consultado el 09 de julio de 2020.

recompensarlo, porque reconoce una serie de beneficios a cambio de su decisión de no defenderse en la Corte.

Sin embargo, en comparación de su antecesora existen marcadas diferencias, las mismas que son detalladas por Rodríguez (1997), siendo éstas las siguientes:

> 1) Con la nueva regulación del *patteggiamento* su ámbito de aplicación se ha visto ampliado, puesto que no va a quedar reducido a las bagatelas, extendiéndose a aquellas formas de criminalidad medio-graves, siendo aplicable en la mayor parte de los procedimientos penales[83].
>
> 2) Ampliación en el poder para iniciar el procedimiento: en la regulación anterior el imputado era el único que podía instar este procedimiento especial, ahora también puede instarlo el Ministerio Público (de ahí que se hable de partes).
>
> 3) En la *applicazione della pena su richiesta delle parti* nos encontramos ante un verdadero y propio acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público, mientas que en la regulación anterior (en el supuesto de la absolución por extinción del delito, con aplicación de una pena sustitutiva) se trataba de dos declaraciones de voluntad (del imputado y del fiscal, cuyo destinatario era el juez).
>
> 4) El anterior *patteggiamento* sólo podía aplicarse cuando correspondía la imposición de sanciones sustitutivas (pena pecuniaria o libertad controlada) a

[83] Esta amplia extensión de operatividad que se concede a esta institución tiene su razón de ser en que el legislador, que estaba obsesionado en asegurar la exigencia de la economía procesal con la finalidad de alcanzar la *"deflazione della giustizia penale"* debido a la absoluta inoperancia de la nueva estructura del procedimiento ordinario para soportar un gran número de casos, depositó buena parte de su confianza en lograr la eficacia del Código en el trámite de la *applicazione della pena su richiesta delle parti,* ya que consiente no sólo ahorrarse toda la fase de *dibattimento*, sino que también elimina la fase de impugnación (utilizada a veces con fines dilatorios), debido a la inapelabilidad de la sentencia surgida por el acuerdo entre las partes (Rodríguez, 1997, p.168).

> delitos de competencia del Pretor, mientras que en la actualidad puede ser utilizado también para la imposición de penas ordinarias (pecuniarias o de privación de libertad).
>
> 5) Mientras que la *applicazione delle sanzione sostitutive su richiesta dell´imputato* se caracterizaba por ser un mecanismo premial que tenía su base en una apreciación del Juez en orden a la *"meritorieta"* del caso, la nueva regulación, lejos de constituir un simple beneficio, representa un verdadero y propio procedimiento especial alternativo al *dibattimento*, que se articula sobre la base de un acuerdo entre las partes por el cual formulan la petición de aplicación de una pena beneficiándose de los efectos premiales que a este procedimiento le son reconocidos, cumpliendo el Juez función exclusiva de verificar que concurren los presupuestos necesarios que hagan admisible el procedimiento y comprobar que se ha producido una exacta calificación jurídica del hecho.

De esta manera el legislador ampliaba el ámbito de aplicación de esta figura procesal, con la finalidad de obtener mejores resultados de los que obtuvo con la legislación anterior e intentando cada vez acercarse un poco más a la figura procesal que le sirvió de inspiración: *"el plea bargaining",* aunque incluso con las modificaciones introducidas seguían existiendo diversas diferencias entre ambas figuras procesales.

Así, si realizamos una comparación entre el *patteggiamento* italiano y el *plea bargaining* estadounidense, vamos a llegar a la siguiente conclusión: El acuerdo de voluntades realizado en el país europeo difiere de la negociación realizada entre el imputado y el fiscal en Norteamérica, en algunos aspectos – efectivamente- hay similitudes, pero en general difieren uno del otro.

Es decir, mientras que en el *plea* la base esencial para su desarrollo es el principio de discrecionalidad de la acción penal, en Italia se tiene la

obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (art. 112 de su Constitución); de otro lado mientras que con el *patteggiamento* se evita tener que celebrar el juicio oral, con el *plea bargaining* se da la transición *per saltum* de la fase previa al juicio, a la fase posterior al juicio, esto es, a la determinación de la sentencia. Y finalmente, un punto muy importante que los diferencia es que en el país estadounidense, la declaración de voluntad del acusado equivale a un reconocimiento de su culpabilidad; sin embargo, en Italia existe una discusión sobre el valor de la *"manifestación de voluntad"* del imputado, al respecto el Tribunal Constitucional ha afirmado que la solicitud del acusado implica una admisión implícita de responsabilidad; contraria a dicha postura está el pronunciamiento del Tribunal de Casación, quien ha referido que la aplicación de la pena a pedido de partes, no es equivalente a un declaración de culpabilidad sino que únicamente está renunciando a defenderse, aceptando una pena "descontada" a cambio de ahorrar energía y tiempo en interés general de la administración de justicia. Ésta última postura se debe a que el imputado no confiesa expresamente su culpa, como sí sucede en el *plea bargainig.* (Rodríguez, 1997; Callari, 2012).

Considero que la principal diferencia entre el *patteggiamento* y el *plea bargaining* radica en la manifestación expresa de la *"declaración de culpabilidad"* por parte del imputado, ya que uno de los presupuestos para que se efectivice el *plea* es que el acusado se declare culpable y como consecuencia de ello se le otorga diversos beneficios; sin embargo, tal declaración de culpabilidad -de manera expresa y clara- no la encontramos en el *patteggiamento*, el imputado al someterse a este tipo de procedimiento -únicamente- realiza de manera individual o conjunta una propuesta de pena a imponerse. En dicho pedido (ya sea de manera verbal o escrita) no se hace una manifestación expresa de aceptación de culpa, tal aceptación se presume de la incoación por iniciativa propia o la del fiscal (ante el cual brinda su consentimiento) de dicho procedimiento especial.

Sumado a ello, se tiene que en el *plea bargaining,* el juez ha de verificar en la audiencia que dicha manifestación de voluntad no esté sometida a amenazas y que ésta sea inteligente (es decir que el acusado ha de tener claro la imputación en su contra, la naturaleza del delito que se le atribuye, los

derechos a los que está renunciando y las consecuencias de dicha declaración), para lo cual es imprescindible la inmediación entre el acusado y el juzgador. Situación que no se presenta en el *patteggiamento*, pues aquí el juez solamente si lo considera necesario hará comparecer al imputado a fin de examinarlo, y tal examen no se asemeja en nada a lo realizado en el país norteamericano[84].

Sin embargo, pese a las grandes diferencias, no podemos negar la practicidad que trae consigo este instituto procesal, al país italiano. Conforme se ha podido apreciar, el mismo ha sido adaptado a su realidad social y a su Constitución vigente. Así, conforme lo afirma Fernández (2010): "No cabe duda que este procedimiento además de implicar un premio (reducción de un tercio de la pena) resulta muy útil para la reducción de la carga procesal, con lo cual podría decirse que mantiene de cierta forma el mismo objeto del *plea bargaining:* la reducción de carga procesal" (p. 213).

a. Sujetos procesales facultados para instar el patteggiamento.

Los únicos sujetos procesales que están facultados para incoar este procedimiento especial, son el imputado y el fiscal. El artículo 444° del C. de PP It. señala que la solicitud es conjunta entre estos dos sujetos procesales. Sin embargo, existe la posibilidad de que uno solo presente su requerimiento ante el órgano jurisdiccional, pero la otra parte ha de manifestar su consentimiento por escrito.

En el caso peruano la redacción es muy similar, pues en el inciso 1 y 2 del artículo 468° del CPP de 2004, se señala que el proceso de terminación anticipada puede incoarse a iniciativa del fiscal o del imputado. Estos sujetos, podrán presentar una solicitud conjunta; y, para la continuación del trámite se

[84] El imputado únicamente comparece ante el juez, si éste último lo considera apropiado a fin de verificar la voluntad del primero (art. 446.5). Otro punto trascendental a resaltar es que durante la audiencia la presencia del fiscal y el defensor son facultativas, si en caso están presente serán escuchados, pero a fin de resolver la petición no es indispensable la presencia de éstos sujetos procesales (art. 447.2). Véase en: https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/applicazione-della-pena-su-richiesta-delle-parti.

requiere la no oposición de uno u otro (fiscal o acusado), en caso que la solicitud sea de manera individual.

b. Oportunidad procesal en la que se incoa el pattegiamento.

Conforme se desprende del artículo 446° y 447° del C. de PP It., la solicitud conjunta del imputado y del fiscal (o presentado por una de las partes y la otra manifestando su consentimiento por escrito), puede presentarse desde la etapa de las indagaciones preliminares hasta la apertura de la audiencia del juicio directo o del juicio inmediato.

Es decir, el *pattegiamento* puede instarse durante las diligencias preliminares (ante el juez de las indagaciones preliminares), durante la etapa intermedia (en la audiencia preliminar, hasta la presentación de las conclusiones y ha de realizarse ante el juez de la etapa intermedia) y durante el juicio directo e inmediato (el pedido se realiza ante el Tribunal monocromático o Colegiado, dependiendo del delito).

Cuando el acuerdo se lleva a cabo durante las diligencias preliminares, el juez ha de fijar fecha y hora para la realización de una audiencia – extraordinaria- donde se decidirá lo peticionado, situación que beneficia al imputado, debido a la falta de publicidad del procedimiento, ya que en esta etapa aún se mantiene el secreto de las investigaciones (Marcolini, 2012)[85].

En ese sentido, el artículo 447° del C. de PP It. señala que en el supuesto de que el pedido sea realizado por una sola de las partes, el juez debe señalar una fecha límite para que el solicitante notifique a la otra parte con su requerimiento. Dicha notificación debe realizarse al menos tres días antes de la audiencia. Igualmente, la parte no solicitante tendrá un plazo (fijado por el juez) para manifestar su consentimiento. Asimismo, el fiscal deberá depositar los actuados en el registro del juez.

[85] De conformidad con el art. 448,1, in fine, del CPP It., "*en caso de desacuerdo por parte del fiscal o rechazo de la solicitud por el juez de la investigación preliminar; el imputado, antes de la declaración de apertura de la audiencia de primera instancia, puede renovar la solicitud y el juez, si lo considera fundada, pronuncia inmediatamente una sentencia. La solicitud no es renovable ante otro juez".*

Antes del vencimiento del plazo otorgado por el juez (para la notificación y para el consentimiento) no procede la revocación o modificación de la solicitud.

En la audiencia, el fiscal y el defensor del imputado serán escuchados si en caso acudieran a la misma. No es obligatoria la presencia de alguno de dichos sujetos procesales a fin de resolver la petición de aplicación del *patteggiamento.*

Al respecto, Rodríguez (1997) señala: "Al posibilitar el acuerdo en esta fase además de ahorrarse la celebración del juicio oral se va a prescindir de toda actividad de investigación que sea superflua, puesto que desde el momento en que existan elementos suficientes para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal, se inicia el límite *a quo* para que las partes soliciten la aplicación de una pena. Cuando hayan realizado la petición, terminará la fase de las investigaciones preliminares y con todo el material recogido tendrá que decidir el Juez" (p. 182).

Si el pedido se realiza durante la audiencia preliminar o durante el juicio inmediato o directo, éste se hará de forma verbal y si el juez cuenta con todas las condiciones necesarias para aceptar la solicitud emitirá de manera inmediata la sentencia *patteggiata.*

En caso de desacuerdo por parte del fiscal o rechazo de la solicitud del juez para investigaciones preliminares, el acusado, antes de la declaración de apertura de la audiencia de primera instancia, puede renovar la solicitud y el juez, si lo considera fundado, inmediatamente emite la sentencia. La solicitud no es renovable ante otro juez (art. 448.1).

Lo regulado en cuanto a la oportunidad para incoar el *patteggiamento*, difiere ampliamente de lo señalado en nuestro CPP de 2004, en relación a la terminación anticipada, toda vez que conforme se verifica del inciso 1 del artículo 468° de dicho Código adjetivo, la etapa procesal para ingresar la solicitud (conjunta o individual) ante el órgano jurisdiccional, es desde la formalización de la investigación preparatoria hasta antes de formularse la acusación fiscal.

Es decir, una vez que ingresamos a la etapa intermedia, no cabe la posibilidad de incoar este procedimiento especial. Al respecto existe algunas discrepancias en la doctrina, pero lo aseverado anteriormente ha sido ratificado por los jueces de la Corte Suprema de Justicia en el AP 5-2009, en el fundamento 17 y ss, donde se niega la posibilidad de la celebración de la terminación anticipada en la etapa intermedia. En ese sentido, la incoación de esta salida alternativa únicamente puede llevarse a cabo durante la etapa de investigación preparatoria, mas no en la fase intermedia y mucho menos en el juicio oral, en este último supuesto –únicamente- cabría la aplicación de la conclusión anticipada, que es una figura distinta a la terminación anticipada.

c. *Respecto del acuerdo: De los beneficios como consecuencia de la negociación entre las partes.*

c.1. Objeto del acuerdo:

Existen dos tipos de negociaciones bajo la regulación actual, uno que es conocido como *"el tradicional"* (recaído en la regulación de la Ley N° 689), que recae sobre la sanción sustitutiva y monetaria; y el otro que fue incorporado con la modificación del C. de PP It. de 1988, al que se le conoce como *"la negociación extendida",* que incide sobre la pena privativa de la libertad.

Así, según lo señalado por el art. 444 (1), las partes (fiscal e imputado) pueden realizar un acuerdo sobre los siguientes puntos:

- Sanción sustitutiva
- Sanción monetaria; y,
- Pena privativa de la libertad (si teniendo en cuenta las circunstancias y con la disminución de ley no excede los cinco años solo o en conjunto con una sanción monetaria).

En los tres supuestos corresponde la reducción de un tercio sobre la sanción. Luego de arribar a un acuerdo sobre la sanción a imponer (ya sea sustitutiva,

monetaria o de pena privativa de la libertad), han de solicitar al juez aplique el acuerdo arribado en la especie y medida indicada[86].

La negociación de la declaración puede solicitarse, por delitos y multas, cuando la pena final es financiera, incluso en sustitución o custodia, sola o conjuntamente bajo pena pecuniaria, o a su vez reemplazada, siempre que no se excedan los dos años de prisión, o arresto, por el asentamientotradicional, y cinco años de prisión por el extendido (figura introducida con el artículo 1 de la ley núm. 134 de 2003), (Borasi, 2017).

Sobre el particular, Franco Cordero (2000:300) refiere que se trata de un acuerdo público, en el que se deja traslucir una estructura negocial con dos extremos: la solicitud (o pedido) de una de las partes y el consentimiento (o rechazo, si es la fiscalía) de la otra, a partir del cual se desencandenan los siguientes efectos:

a) El pedido es revocable hasta antes de que se haya emitido el consentimiento de la otra parte.
b) No es posible el desistimiento unilateral. Sin embargo, el desistimiento bilateral es posible hasta antes de que el juez emita pronunciamiento.
c) El acuerdo influye "(…) sobre el cuadro de derecho penal introduciendo allí una segunda norma que contempla penas reducidas por debajo del mínimo legal (…)" (Salinas, 2011, p. 100).

A decir de Marcolini (2012): Hay tres posibles resultados de la solicitud realizada:

[86] Otro elemento sobre el que puede caer el acuerdo de las partes es la suspensión condicional de la sentencia (artículos 163 y siguientes del código penal). Esto no sucede de conformidad con el art. 444, co. 3 del Código de Procedimiento Penal, que establece el derecho unilateral de una de las partes (normalmente el acusado) a someter su consentimiento a negociación sobre el hecho de que el juez, en el juicio, aplica la suspensión condicional. El fenómeno evocado aquí es, por otro lado, de origen exquisitamente pretoriano. Durante algún tiempo, la jurisprudencia ha estado reconociendo a las partes, conjuntamente, el poder de solicitar (con o sin) al juez, con efectos vinculantes, el beneficio de suspensión: un beneficio que, por lo tanto, no puede otorgarse de oficio, sino solo en presencia de un previo acuerdo (Cass., pen., sec. fer., 23.7.2009, n. 31301, en Guida dir., 2009, 44, 67; Tribunal de Casación, sección IV, 21 de octubre de 2008, no. 40950, Ciogli , en CED Cass. rv. 241371).

1) El juez, investido por la imputación y la solicitud de imposición de pena, puede reconocer una causa de absolución y emitir una sentencia de conformidad con el art. 129 CPP (444.2).
2) El juez puede efectuar la devolución de documentos al fiscal, lo que puede ocurrir debido a la falta de una condición legalmente requerida (por ejemplo, en el caso de una solicitud de negociación de undefensor sin un poder especial), o si el juez considera que la sentenciano es apropiada o la calificación del hecho o el saldo de las circunstancias son incorrectas. Ello debido a que el juez no puede variar el acuerdo realizado entre las partes (en base a la intangibilidaddel acuerdo). Ya que solo puede aceptar o rechazar el *petitio poenae*. Por supuesto, queda el poder de las partes para presentar unnuevo acuerdo al juez, modificado por los defectos encontrados por este último.
3) El tercer y mucho más frecuente desenlace consiste en la emisión de la sentencia de negociación de culpabilidad.

De otro lado, el artículo 444°, párrafo 1ter, estipula como requisito de procedibilidad para la aplicación del *patteggiamento,* que en los "*delitos contra la administración pública, asociaciones de tipo mafioso y contabilidad falsa*", la admisibilidad de la solicitud estará sujeta al reembolso total del precio o beneficio del crimen.

Con esta medida, se busca endurecer el tratamiento sancionador por delitos de corrupción, extorsión y peculado. Ahora los investigados por este tipo de delitos -únicamente- podrán acceder al *acuerdo negociado* sólo si devuelven el precio de la ganancia del delito. Asimismo, la solicitud de suspensión condicional de la sentencia, para los condenados por soborno, corrupción por el ejercicio de la función y en documentos judiciales, inducción indebida y malversada estará sujeta a la devolución completa de la ganancia del delito;

Además, con la sentencia de condena de los mismos delitos, siempre se ordena el pago de una suma igual al monto recibido indebidamente por el agente público, a modo de compensación financiera a favor de la administración a la que pertenece este último, o, en el caso a que se refiere

el art. 319 ter, a favor de la administración de justicia, sin perjuicio del derecho a indemnización por daños que deberá accionar la parte ofendida por el delito[87].

Finalmente, Rodríguez (1997), nos explica las consideraciones a tener en cuenta a fin de aplicar una u otra pena, así señala que:

> La sanción sustitutiva (libertad controlada o semidetención) ha de aplicarse exclusivamente a las penas privativas de la libertad y nunca será aplicable a las penas pecuniarias, ya sean únicas o conjuntas con las primeras. La sanción sustitutiva que ha de imponerse es la solicitada al juez, por las partes (fiscal e imputado), salvo que el juez considere que la sanción solicitada no es la más idónea para conseguir la reintegración social del condenado, o bien presuma que las prescripciones inherentes a la misma sanción no son ajustadas al condenado.
>
> Para la sanción pecuniaria no existe ninguna restricción en cuanto a la aplicación de esta pena. Únicamente cabe indicar que la determinación de la pena pecuniaria, y en la de las sanciones sustitutivas, incide el poder de las partes para efectuar una disminución en su duración, ya que según lo señalado por la norma (art. 444) la misma podrá ser reducida hasta un tercio. Estas penas pueden operar conjuntamente con penas privativas de la libertad, a las que de manera autónoma, se le aplicará la reducción del tercio señalado por ley.
>
> Finalmente, la aplicación de la pena privativa de la libertad se encuentra limitada, para su admisibilidad, pues teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes

[87] Para más detalles respecto de la modificación de dicho artículo véase: https://www.altalex.com/documents/news/2015/06/03/norme-anticorruzione-falso-in-bilancio-la-legge-in-gazzetta

> y agravantes y disminuida hasta en un tercio, no ha de superar los cinco años de prisión o de arresto, sola o junto a otras penas pecuniarias. La reducción de la pena no puede ser más de 5 años.
>
> Excepcionalmente el artículo 444, permite en su tercer párrafo que las partes en el momento de formular la petición, subordinen la aplicación de la pena al cumplimiento de la condición de que se conceda la suspensión condicional de la pena. En dicho supuesto el juez sólo se le otorga la facultad de aceptar o rechazar el acuerdo, más no puede aceptar parcialmente la petición (es decir no admitir la suspensión condicional de la pena). Si en caso las partes no han acordado dicho extremo, el juez no puede otorgar de oficio dicho beneficio al imputado, pues ello configuraría un pronunciamiento *ultra petitum* y una intromisión del juez en un negocio de las partes.

c.2. Beneficios que obtiene el imputado como consecuencia de la aplicación del patteggiamento.

Los beneficios que obtiene el imputado al someterse al procedimiento especial del *patteggiamento,* derivados de la negociación tradicional de la *solicitud de aplicación de la pena a pedido de las partes*, con una sanción contenida dentro de los dos años, y una negociación extendida, con una pena de más de dos años, pero no de cinco (Marcolini, 2012), son los siguientes- en cuanto al primer supuesto-:

- En primer lugar, la reducción de la pena a un tercio;
- En segundo lugar, el delito no se registra en el certificado penal que se proporciona a solicitud de particulares;
- El procedimiento se define con una sola audiencia;

- No se aplica sanciones auxiliares y medidas de seguridad (excepto confiscación) en el caso de que la sanción negociada no exceda de dos años, solo o junto con una sanción monetaria;
- El acusado no tiene que pagar los costos del juicio (Pascuali, 2018).

Por su parte Rodríguez (1997) agrega que se reduce al máximo la publicidad del proceso, situación que beneficiaría el imputado.

Otro beneficio a considerar sería de ver al *patteggiamento* como un mecanismo de extinción del delito (Marcolini, 2012). “El delito se considera extinguido cuando se aplique una pena de prisión no superior a dos años a secas o bien sumado a una pena pecuniaria, si en el término de cinco años –en caso de delito– o dos –en caso de contravención–el imputado no cometiere un delito o contravención de la misma especie. En dicho caso, se extinguen todos los efectos penales y si se hubiese aplicado una sanción pecuniaria o alternativa, la aplicación de este juicio no constituye, a la postre, óbice para la condena condicional” (Ezequiel, 2018, p.50).

Al respecto, el Tribunal ha emitido pronunciamiento en la Casación N° 6673-2016, donde señala que: “(…) el delito por el cual fue condenado y cualquier otro efecto criminal se extinguirá (esto ocurre automáticamente, con el simple paso del tiempo, sin la necesidad de ninguna solicitud y esto no se tendrá en cuenta en un procedimiento posterior con el propósito, por ejemplo, de la contestación de la reincidencia)”. Tal situación se encuentra recogido de manera taxativa en el art. 445.2 del C. PP It.

Y en cuanto a los beneficios que se otorgan en una *declaración extendida* se tienen los siguientes: a) disminución de la prueba y b) ineficacia extrapenal y la no mención. En este supuesto no se espera los beneficios que se otorgan en la figura tradicional del *patteggiamento* (Marcolini, 2012).

Finalmente, si la parte solicitante considera que cabe aplicar la suspensión condicional de la condena, ha de solicitarlo en dicho sentido. Al respecto, si el juez luego de realizar la evaluación correspondiente estima que no se puede otorgar la suspensión condicional, rechaza la solicitud (art. 444.3).

c.3. Delitos para los que no procede la aplicación del patteggiamento.

En este punto, es importante aclarar que no se les permite a las partes generar solicitudes de *aplicación de la pena* ni realizar acuerdos sobre la misma, respecto de ciertos delitos.

Así, el artículo 444.1bis, prohíbe a los sujetos procesales (fiscal e imputado) realizar acuerdos, respecto de ciertos delitos tipificados en el Título XII: Delitos contra la persona, Capítulo III: Delitos contra la libertad individual del Código Penal italiano, como son: a) *prostitución infantil (art. 600-bis),* b) *pornografía infantil (art. 600-ter),* c) *posesión de material pornográfico (art. 600-quater),* d) *pornografía virtual (art. 600-quater.1),* e) *iniciativas turísticas destinadas a explotar la prostitución infantil (art. 600-quinquies),* f) *violencia sexual (art. 609-bis),* g) *actos sexuales con menores (art. 609-quater); y,* h) *violencia sexual grupal (art. 609-octías)*. Tampoco procede contra aquellos que han sido declarados delincuentes habituales profesionales y de tendencia, o delincuentes reincidentes de conformidad con el artículo 99, cuarto párrafo, del Código Penal.

En síntesis, ha de considerarse como un requisito más para la aplicación del *patteggiamento*, que su ejecución no incida respecto de los delitos antes mencionados. Así, conforme lo sostiene Ezequiel (2018), “una vez comprobado el acuerdo, siempre que el juez no detecte las causales del art. 129 (por ejemplo, que el hecho no se haya cometido o exista alguna causal de exculpación, atipicidad o prescripción) y sobre la base de los elementos de prueba reunidos hasta ese momento, si considera correcta la calificación jurídica del hecho, la aplicación y el confronte de las circunstancias postuladas por las partes, dispone mediante sentencia la aplicación del instituto indicando que se realiza a pedido de parte” (p. 49).

d. Requisitos para la aceptación de la aplicación de la pena a pedido de las partes.

De lo señalado en la regulación del *patteggiamento* (art. 444 y ss del CPP It.), se deducen los siguientes requisitos para la aprobación del acuerdo por parte del juez:

- El procedimiento ha de incoarse a pedido de parte, ya sea por el Ministerio Público, el imputado o conjuntamente.
- La solicitud ha de ser presentada en las etapas señaladas por el C. de PP It. (investigación preliminar, en la audiencia preliminar - hasta la presentación de las conclusiones- y durante la apertura del juicio inmediato o juicio directo).
- Si la petición es realizada durante las diligencias preliminares, ésta deberá realizarse en forma escrita.
- La solicitud y el consentimiento en audiencia se formulan oralmente.
- La voluntad del acusado se expresa de manera personal o a través de un escrito por medio de su abogado. Asimismo, deberá autentificarse la firma del imputado en dicha solicitud.
- La calificación legal ha de ser adecuada.
- El cálculo de la reducción de la pena no debe ser mayor al tercio señalado por ley.
- Si se trata de una pena privativa de la libertad a imponerse, ésta no debe exceder de cinco años, luego del descuento del tercio que la ley estipula, así como después de haber considerado todas las circunstancias atenuantes y agravantes que son aplicables al caso en cuestión.
- En el pedido debe de señalarse la naturaleza y la duración de la sanción a aplicarse.
- El acuerdo no debe versar sobre los delitos contra la libertad individual señalados en el artículo 444.1bis, ni contra delincuentes habituales o reincidentes.

e. <u>Rol que desempeña cada sujeto procesal.</u>

e.1. Juez. -

La Doctrina y la jurisprudencia han discutido durante mucho tiempo cuál debería ser el papel del juez investido por las partes en una solicitud de

aplicación de la pena. La pregunta es, si para pronunciar la sentencia de conformidad con el art. 444 del Código de Procedimiento Penal, debe determinar la responsabilidad penal del acusado o si el consentimiento otorgado por las partes implica un cambio de la función jurisdiccional hacia formas de sellado del pacto de tipo notario (Marcolini, 2012).

Al respecto, Callari (2012), sostiene que el juez no sólo hace un papel de homologador sino una verdadera actividad jurisdiccional, toda vez que analiza la legalidad del acuerdo en base a la documentación obrante en los archivos fiscales y en los de la defensa[88]. En ese sentido afirma que:

> "El acuerdo de culpabilidad se describe como una figura triangular que, en su apogeo, involucra al órgano de juzgamiento a quien se remite la evaluación de la solicitud de las partes. En la perspectiva de esta construcción tríadica, el juez no se limita a ejercer una función "notarial", de pura transposición de la voluntad negocial, evalúa la legitimidad y la base del pacto sobre la base de todos los documentos contenidos en el archivo de investigación y, por lo tanto, también sobre la

[88] Por otra parte, Marcolini (2018) analiza el hecho de que, en el *patteggiamento*, el juez tome su decisión en base a los documentos de la carpeta fiscal, por lo que sostiene que "… su peculiaridad consiste en el hecho de que la base probatoria o fáctica, en la que se basa la actividad de toma de decisiones del juez, no está dada por la evidencia dialécticamente formada en la audiencia, sino por los documentos de investigación formados unilateralmente, a los que se atribuye plena eficacia. Es a partir de esta "base fáctica", constituida por la actividad investigativa del fiscal y/o el defensor, de donde surgen los elementos que deben llevarse a cabo, que le permiten al juez formular un juicio en términos de responsabilidad y emitir la sentencia acordada por las partes. La coherencia de esta plataforma y la latitud de la actividad de evaluación de la responsabilidad del acusado, por parte del juez, representa uno de los problemas más problemáticos del instituto" (s/d).

Dicho escenario, lleva a Casso (2003), afirmar que, "el hecho que el juez forme su convicción respecto de la responsabilidad del imputado, solamente con la documentación presentada por el fiscal o la defensa, hace que se retrotraiga el proceso penal italiano al Código Rocco de 1930, donde la creación de la prueba se daba en la lectura del expediente (procesos sumarios). Es por ello que afirma que el imputado puede elegir entre dos modelos procesales: a) el de tipo acusatorio (proceso común); o, b) el de tipo inquisitivo (*patteggiamento*).

Bajo ese mismo razonamiento Rodríguez (1997), señala: "(…) el juicio abreviado, el *patteggiamento* y el juicio por decreto, se caracterizan por resolver la controversia con un método sustancialmente inquisitorio, ya que el Juez funda su convencimiento sobre la verdad de los hechos en base a las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, sin dejar formar las pruebas en el contradictorio de las partes, como sucede tanto en el procedimiento ordinario como en el juicio inmediato y en el juicio directísimo" (p. 138).

> base de cualquier documentación de investigación defensiva.
>
> Tanto respecto al tamaño de una pantalla de pura legitimidad como también bajo el perfil de mérito, es posible determinar, sin dificultad, que, al aplicar la pena a solicitud de las partes, el juez ejerce una autentica función jurisdiccional, y además es una función determinante, dado que, sin ella, las partes no tendrían oportunidad de definir el juicio mientras sea este precisamente el momento decisivo de la función judicial.

Continúa el mismo autor, indicando que:

> Si la calificación legal es incorrecta, el juez no puede modificar el cargo excediendo los términos del acuerdo, lo que corresponde ante una calificación legal diferente al hecho en disputa es rechazar la petición de la aplicación del *patteggiamento* y proceder con el ritual ordinario. A la par de la verificación sobre la calificación legal, evalúa sobre un posible pronunciamiento de absolución de conformidad con el art. 129 del C.P.P. Asimismo, ha de verificar las circunstancias atenuantes y agravantes aplicables al caso en evaluación.
>
> (…) El juez ha de realizar la evaluación de la voluntariedad o consentimiento esgrimido por parte del imputado para el acuerdo de culpabilidad. En la sentencia de aplicación de la pena prima el poder dispositivo de las partes sobre la discrecionalidad del juez, pero permanece “intangible” los límites derivados del principio de legalidad. En base a este principio, independientemente de la aquiescencia mostrada por las partes en el patteggiamento el juez tiene la obligación de verificar de oficio la exactitud de la calificación legal,

> con referencia a ambos cargos relacionados con el hecho imputado.
>
> Al ejercer el control sobre la clasificación legal de los hechos - verificación de que debe ser aún más significativo cuando las partes han acordado aplicar una multa por un delito, es decir, menos grave que el disputado anteriormente - el juez no evalúa solo la corrección de una operación lógico-legal, pero dibuja su convicción precisamente por los resultados de los hechos, y no por la forma en que las partes los han evaluado, por lo tanto, puede ver claramente que la definición legal a la que cumplen no es el que realmente deriva de los hallazgos. (Callari, 2012, s/d)

Bajo esa misma línea de ideas, Fernández (2010) señala: “Esa solución negociada, es controlada por el Juez, quien no es solo un espectador inmóvil. Este control es constitucional, salvaguardando la prevención especial, básicamente dirigida hacia la reeducación, y muy ligada al principio de proporcionalidad entre la entidad de la ofensa y la pena impuesta. Con lo cual el Juez puede ordenar la continuación del proceso si considera que la pena propuesta no es acorde al hecho imputado” (p. 213).

Así, agrega Pascuali (2018) que, “el juez solo puede aceptar o rechazar la solicitud, y no tiene poder para modificar o complementar el acuerdo de las partes. Además, el juez no puede decidir sobre la base de documentos distintos de los de una investigación presente en el archivo del Ministerio Fiscal. Debe verificar la exactitud de la clasificación legal del hecho, de la solicitud y de la comparación de las circunstancias y la adecuación de la sanción solicitada” (s/d).

Por el contrario, Lupária (2014), sostiene: “El sobrecalentamiento de la máquina judicial, el fortalecimiento de los poderes de las partes, la flexibilización del procedimiento por delitos menos graves ha hecho del juez continental un “homologador” de acuerdos, más que investigador de la verdad

material propio de la tradición continental. Ciertamente no es posible simplificar excesivamente, ya que incluso al interior de la justicia negociada se vislumbran grandes diferencias. Basta pensar en la reglamentación italiana, donde el patteggiamento aparece más bien similar a un "nolo contendere" que una negociación sobre la admisión de responsabilidad. Se trata de un enfoque bien diverso al adoptado por otros Estados, donde la negociación tiene lugar a través de un reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado" (p. 17).

Conforme se puede apreciar, la doctrina se encuentra dividida en lo atinente a la función que cumple el juez ante la solicitud de la aplicación de la pena a pedido de partes –*"patteggiamento"*. Al respecto, mi persona se inclina por la postura que sostiene que el juez no realiza un mero papel de notario. Así, considero que su participación es netamente jurisdiccional, sus prerrogativas no han sido disminuidas, pues éste ha de realizar un control judicial y legal respecto del contenido de la solicitud de *aplicación de la pena a pedido de las partes*; esto es, sobre la calificación legal del hecho, las circunstancias atenuantes y agravantes aplicables al caso en concreto, la adecuación de la sanción, así como si corresponde absolver al imputado – pese al acuerdo arribado entre las partes-. Asimismo, debe verificar si el hecho materia de imputación no existe, si el inculpado no lo cometió, si el hecho no constituye delito o el delito se extinguió. Por lo que se puede afirmar que la participación del juez en la decisión no solo es formal, sino es propiamente jurisdiccional.

e.2. Fiscal. -

De lo regulado en el artículo 444° y ss del CPP It. se puede verificar que el Ministerio Público, en el *patteggiamento* tiene una función fundamental, toda vez que conforme a la documentación obrante en su carpeta fiscal decidirá tomar la iniciativa para incoar el procedimiento especial del *patteggiamento* o -si en caso no fuera él, el de la iniciativa- deberá evaluar dicho requerimiento a fin de manifestar su consentimiento. Y en el supuesto de que no estuviese de acuerdo con la aplicación de esta figura procesal deberá motivar su discrepancia.

La función del fiscal no solo se va a limitar a la presentación de la solicitud o brindar su consentimiento ante el órgano jurisdiccional, sino que ha de realizar un estudio minucioso a su expediente fiscal a fin de evaluar si resulta factible iniciar el procedimiento especial del *patteggiamento* o brindar su consentimiento ante la solicitud del imputado de someterse a este rito especial. Es así que el fiscal deberá analizar la calificación jurídica del hecho imputado, la reducción y el tipo de pena a imponerse a efectos de realizar el cálculo correspondiente, las circunstancias agravantes y atenuantes aplicables al caso en concreto, constatar si existen suficientes medios probatorios en el archivo fiscal que amparen dicho pedido; en general debe de examinar si el pedido de *aplicación de la pena a solicitud de las partes* cumple con los requisitos exigidos por el art. 444° y siguientes del CPP It.

Es suma, el fiscal realiza una suerte de control de legalidad previo – pero en el ámbito fiscal- de la solicitud o del acuerdo, antes de que el mismo sea presentado ante el órgano jurisdiccional y sea sometido a su valoración correspondiente, evitando de esta manera la posibilidad de ser desaprobado por el órgano jurisdiccional. Ya que como se señaló en el punto anterior el juez no puede modificar el acuerdo, únicamente puede aprobar o desaprobar el mismo; en ese sentido, las partes – principalmente el fiscal- deberán realizar un análisis detallado del pedido antes de presentarlo.

Finalmente, se tiene que el artículo 448.2bis del C. de PP It. le concede al fiscal la facultad de interponer casación contra la sentencia *patteggiata*, pero sólo en los supuestos relacionados con: i) la expresión de voluntad del acusado, ii) la falta de correlación entre la solicitud y la sentencia, iii) la calificación legal errónea del hecho; y, iv) la ilegalidad de la pena o la medida de seguridad.

e.3. Defensa. -

Si bien es cierto, de lo regulado en el capítulo concerniente al *patteggiamento*, no se verifica una intensa participación del abogado defensor, pues de sus artículos y en especial del artículo 446.3, se infiere que imputado puede presentar por sí mismo dicha solicitud o manifestar personalmente su voluntad en audiencia.

Sin embargo, considero que la presencia de un abogado defensor en cada etapa procesal es fundamental pues ayudará al inculpado a tomar unadecisión razonada y basada en la ley, siempre en atención a su conveniencia.Más aún por la experiencia con la que cuenta en el ámbito, la misma que no posee el imputado. Máxime, cuando se tiene que el C. de PP It. permite la realización de investigaciones defensivas, que son realizadas principalmente por la defensa.

En ese sentido, la defensa del imputado -al igual que el fiscal, pero desde su rol– ha de realizar un estudio detallado a la investigación defensiva realizada por su persona en favor de su patrocinado, a fin de aconsejar a su defendido si le conviene o no someterse al procedimiento especial de *aplicación de la pena a solicitud de las partes*, para lo cual deberá darle a conocer respecto de cuáles son los derechos a los que renuncia al someterse a este rito procedimental y los beneficios que se le otorgarán si se somete al mismo; en general, deberá ponerle al tanto de los pros y contras de este tipo de salida alternativa, con la finalidad de que su patrocinado tome una decisión inteligente y siempre en su beneficio, pues al fin y al cabo el imputado tendrá la última palabra.

e.4. Imputado. -

La función del imputado en el *patteggiamento* es trascendental ya que -al igual que el fiscal- puede dar inicio a este procedimiento especial, o en todo caso dar su consentimiento para la continuación del mismo.

Si bien es cierto su participación no es la misma que la que poseen los acusados en el *plea bargaining* (ya que como se manifestó anteriormente, no es un requisito fundamental realizar una evaluación al imputado para la aceptación o no del *patteggiamento*, toda vez que únicamente comparecerá ante el órgano jurisdiccional, si éste último lo considera necesario), su aporte – en sistema procesal penal en el que se desenvuelve- es esencial debido a que depende – también - de él, el inicio o consecución de este rito procedimiental.

El imputado actuará guiado por los consejos legales que ha de brindarle su abogado defensor luego de haber estudiado su caso y en base a las

investigaciones defensivas que posee, así como de la evaluación de lacarpeta fiscal. La decisión que tomará el inculpado será en base a lo informado –únicamente- por su defensa, ya que a diferencia del *plea* estadounidense, en el país italiano el juez no tiene la obligación de informar al imputado sobrelos alcances del *patteggiamento*, por lo que corresponde a su abogadodefensor explicarle que si se somete a este rito procedimental estará renunciando implícitamente a la presunción de inocencia, es decir, estará reconociendo implícitamente su culpabilidad; que ya sea que la petición sea aceptada o rechazada en ningún caso puede considerarse la misma como una confesión en sentido estricto, que no tiene derecho a apelar la sentenciapatteggiata; así como otras consecuencias que traerán consigo esta figura procesal.

En suma, si bien la participación del imputado italiano no se asimila a la del acusado estadounidense, ello no quita que su aporte en el *patteggiamento* sea fundamental, ya que como se dijo se necesita de su consentimiento para proseguir con el rito, sin su consentimiento no cabe la aplicación del *patteggiamento*, incluso cuando el fiscal y su defensa elijan esta alternativa.

f. Tratamiento de la víctima en el *pattegiamento.*

Del desarrollo de la estructura del proceso penal italiano se ha podido apreciar que en él se discuten dos tipos de pretensiones: una penal y otra civil. Por lo que la parte ofendida por el delito (conforme se encuentra regulado) puede exigir -al interior del proceso penal- una reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados por el delito. La participación de la *persona offesa dal reato* se ve incrementada cuando se constituye en parte civil. Incluso los derechos que se les confieren pueden ser ejercidos por asociaciones sin fines de lucro, quienes pueden actuar en su representación. Sin embargo, al revisar la regulación del *patteggiamento* nos encontramos con la triste realidad de que dichos sujetos procesales no han sido incorporados para participar en este tipo de procedimiento especial. Para ser más específicos, en el *patteggiamento* no se discute la reparación civil, tal discusión se limita únicamente a la pena. Así el párrafo final del artículo 444, 2 del C. de PP It. a la letra se señala:

> *"(…) Si hay una acción civil, el juez no decide sobre la solicitud relacionada; sin embargo, se le ordena al acusado que pague los costos incurridos por la parte civil, a menos que haya razones para una compensación total o parcial. No se aplica lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 75"*[89].

Al respecto, Rodríguez (1997) -con igual asombro- señala: "Sorprende un poco que cuando nos encontramos en un momento en el que se está produciendo un movimiento internacional generalizado que reclama el reconocimiento de un papel concreto y más participativo a las víctimas en los procesos penales, y cuando autores como ROXIN mantienen que desde el punto de vista de la prevención especial la compensación del reo a la víctima (resarcimiento de los daños) es la sanción más eficaz que se puede imponer, al menos en los delitos menos graves, el legislador italiano haya excluido que el Juez, al aplicar la pena, pueda pronunciarse sobre la eventual acción civil, puesto que se entendía que una solución distinta podría desincentivar al imputado en la elección de este procedimiento" (p. 181).

Salinas (2011), para explicar tal exclusión se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional, indicando que: "Las razones que justifican la exclusión de la reparación civil en el *pattegiamento,* las explica su Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 443, indicando lo siguiente: *"Una de las características del sistema acusatorio (al que adscribe el Código de Procedimiento Penal Italiano), es la separación entre la acción civil y la acción penal, situación que no puede ser considerada como una "exclusión o minimización del derecho de tutela jurisdiccional", porque siempre es posible el ejercicio de la acción resarcitoria en sede civil"* (p. 102).

[89] párrafo 3 del artículo 75° del mismo cuerpo legal, indica: *"(...) Si la acción se inicia en una acción civil contra el acusado después del establecimiento de una parte civil en el juicio penal o después del juicio penal de primer grado, el juicio civil se suspende hasta que la sentencia ya no esté sujeta a apelación, sujeto a las excepciones previstas por la ley".*

El Tribunal, en un reconocimiento implícito de los desmedros que se le causarían a la víctima con dicho pronunciamiento intentó subsanar el mismo, indicando que el imputado deberá pagar las costas procesales en favor de la parte civil. Al respecto Rodríguez (1997), explica lo siguiente:

> En un pronunciamiento del año 1990, la Corte Constituzionale – en la sentencia núm. 443, del 12 de octubre- ha querido compensar las consecuencias desfavorables que la parte civil soporta en el *patteggiamento*, y así ha declarado inconstitucional la última parte del art. 444.2 C. de PP It. en la parte que no prevé que el Juez pueda condenar al imputado al pago de las costas procesales en favor de la parte civil, salvo que por justos motivos considere que debe procederse en todo o en parte la compensación de las mismas. Una vez establecido este principio, la jurisprudencia ha afirmado que el Juez, al condenar al imputado al pago de las costas procesales en favor de la parte civil, debe extender la condena solidariamente al responsable civil, citado oportunamente en el proceso. En este sentido en el art. 541.1 C. de PP It. se establece que en la sentencia que estime la demanda de restitución o de resarcimiento del daño, el Juez condenará al imputado y al responsable civil, solidariamente, al pago de las costas procesales en favor del actor civil, salvo que considere que procede la compensación total o parcial por justificados motivos (p.182).

Por su parte Marcolini (2012), siguiendo el pronunciamiento de la Corte Constitucional en 1990 (sentencia N° 443) y su recepcionamiento en el texto del art. 444, 2, del C. de PP It., señala: “La persona ofendida queda excluida del rito, incluso si es una parte civil. El acuerdo entre la fiscalía y la defensa es sellado por el juez, la parte civil no tiene más remedio que promover un juicio civil independiente para la restitución y la indemnización, a excepción de

la liquidación, por el tribunal del acuerdo de culpabilidad, de los costos de formación (y siempre que no existan razones correctas para declarar una compensación total o parcial). El único papel que puede y debe ser reconocido por la parte civil en el acuerdo es el de un control pro legal sobre el acuerdo para negociar: debe poder conocer los términos de la solicitud de negociación de la declaración de culpabilidad y debe tener la posibilidad de hablar con el juez, antes de su decisión, para informar cualquier causa de inadmisibilidad o rechazo de la solicitud en sí" (s/d).

Ante ello, en la misma línea que Rodríguez, la profesora española Barona (1994), expresa su disconformidad sobre la elección del legislador y en su tiempo del Tribunal Constitucional italiano, en cuanto a si se vulnera elderecho de defensa (derecho reconocido a nivel constitucional) de la parte civil, al no decidirse en la sentencia consensuada sobre la pretensión civil acumulada a la penal. Al respecto dicha autora – apartándose del pronunciamiento del TC italiano- y siguiendo a Lozzi, asevera que no resulta válido aceptar la afirmación de que se garantiza el derecho de defensa de la parte civil al dejar a salvo su pretensión económica para que la ejercite en el ámbito civil, ante la falta de una decisión de fondo sobre la acción civil planteada en vía penal.

Sumado a ello, en el párrafo 1-bis del artículo 445° del C. de PP It. se establece: *"(…) Salvo lo dispuesto en el artículo 653, la sentencia prevista en el artículo 444, párrafo 2, incluso cuando se pronuncia después del cierre de la audiencia, no tiene efecto en los juicios civiles o administrativos. A menos que la ley disponga lo contrario, la sentencia es equivalente a una sentencia de condena".*

Dicho artículo es explicado de manera detallada por el Tribunal de Casación Civil en la sentencia N° 20170, de fecha 30 de julio de 2018, donde se analizó cuál es el valor de la sentencia *patteggiata* en el ámbito civil. Así, el Tribunal asume la siguiente postura respecto de la sentencia *patteggiata* indicando que: *"La sentencia de negociación de culpabilidad no tiene efecto vinculante, sino que representa un hecho histórico; y como cualquier otro hecho en el mundo real, puede constituir una pista, utilizable solo junto con otras pistas*

(…). Asimismo, el juicio penal de acuerdo de culpabilidad en el juicio civil de compensación y restitución no tiene efecto vinculante, no tiene efecto legal y no revierte la carga de la prueba".

En esa línea de ideas, el que el imputado se haya sometido al *patteggiamento* (declaración de culpabilidad implícita) en el proceso penal, no beneficia en nada a la víctima, cuando ésta desee hacer valer su derecho en la vía civil. Pues, la persona ofendida al demandar por los daños y perjuicios, no podrá alegar que en la vía penal se ha determinado la responsabilidad del sentenciado mediante la sentencia patteggiata, ya que dicha sentencia por sí sola no prueba nada, únicamente es considerado –por el juez civil- como un hecho más a valorar. En buena cuenta, dicha sentencia es un medio probatorio más a valorar – entre otros tantos- por el juez civil. De otro lado, el Supremo Tribunal Civil reafirmó que la carga probatoria sigue recayendo sobre el demandante, con la *sentencia patteggiata* no se invierte la carga probatoria, el demandado no tiene que probar por qué razón ha negociado una sanción en el proceso penal.

Con dicha sentencia de casación del año 2018, ha quedado establecido el valor probatorio de la sentencia de declaración de culpabilidad – a lo italiano- , que no es más que un *"hecho histórico"*, sin vinculación para el juez civil a fin de determinar la responsabilidad civil de demandado.

En suma, con la sentencia N° 443 del año 1990 del Tribunal Constitucional y la sentencia N° 20170 del año 2018 de la Corte Suprema Civil se determinó la *"justificación"* de la exclusión de la acción civil y el valor de la sentencia de "*declaración de culpabilidad"* – respectivamente- en el *patteggiamento*. Al respecto, considero – en cuanto al pronunciamiento del Tribunal Constitucional italiano en la sentencia N° 443- que justificar la exclusión de la reparación civil en el *patteggiamento,* en base a las características del sistema acusatorio, como es la separación entre la acción civil y la acción penal, es un contrasentido de acuerdo a cómo se encuentra estructurado el proceso penal italiano, pues como se ha señalado en el punto de desarrollo de las características del proceso penal italiano, una característica típica es que en su proceso penal se discuten dos tipos de pretensiones una de naturaleza

penal y otra de naturaleza civil. Y de acuerdo a esa característica es que en la estructura de su Código adjetivo se aprecia que a la persona ofendida por el delito se le asigna todo un título para su regulación, de la misma manera a la parte civil. Así, el Libro I: *Soggetti;* Título V (art. 74-89) y Título VI (art. 90-95), están dedicados a la parte civil y la persona ofendida por el delito, respectivamente.

Al mismo tiempo he de resaltar que el sistema acusatorio injertado en el sistema procesal penal italiano no es el mismo que posee el país que sirvió de inspiración para el legislador italiano: Estados Unidos. Pues, conforme se ha explicado al inicio del presente sub capítulo, el país norteamericano sirvió de inspiración para la transformación del *Códice Rocco* de 1930 que regía en ese entonces, para luego instaurarse el *Códice di Procedura Penale de 1988,* el mismo que hasta la actualidad rige (obviamente con diversas modificaciones). Es en dicha transformación que Italia introdujo a su sistema procesal penal el sistema acusatorio – típico de los Estados Unidos- pero con sus propias peculiaridades, adaptado a su propia realidad social, este sistema acusatorio al que hace referencia su Tribunal Constitucional, difiere en gran medida del sistema acusatorio norteamericano.

Y para no retrotraernos demasiado, únicamente, cabe recalcar que en Estados Unidos – en todo su proceso, no solo en el *plea bargaining-* la acción civil no se discute en el proceso penal, en ese sentido – válidamente- se justifica la exclusión de la acción civil en el *plea bargaining.* Situación que no sucede en el proceso penal italiano, pues como se ha aseverado -anteriormente-, la acción civil se discute en el proceso penal, en ese sentido su C. de PP regula la participación de la persona ofendida por el delito y de la parte civil, quienes han de ejercitar dicha acción civil a fin de verse resarcidas por el daño ocasionado como consecuencia del delito. Es en ese parámetro que lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 443 del año 1990, no encuentra amparo legal y a mi consideración, la exclusión de la acción civil y consecuentemente de la participación de la persona ofendida y de la parte civil en el *patteggiamento* sí vulnera su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.

Por lo dicho anteriormente, considero que el legislador italiano de acuerdo a la adaptación que tuvo el sistema acusatorio a su realidad social, debió incluir la discusión de la acción civil en el procedimiento especial del *patteggiamento*, ello de acuerdo a la estructura de su Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, he de indicar que rechazo la postura del Tribunal Constitucional italiano en cuanto a la justificación que se brinda para la exclusión de la acción civil en este rito especial y con mayor razón objeto la postura de que una de las razones– conforme lo señaló Rodríguez (1997)- de la exclusión de la acción civil y consecuentemente de la no participación de la parte civil en el *patteggiamento,* también, se debió a que tal situación podría desincentivar al imputado en la elección de este rito.

De acuerdo a lo explicado anteriormente, puse en evidencia que la participación de la víctima en este tipo de procedimiento no incidía en nada en la elección del imputado en cuanto al tipo de proceso a someterse (proceso común o procedimiento alternativo), el problema radicaba en el límite de aplicación, esto es únicamente procedía para delitos de bagatela, incluso cuando la Ley 689 – que introdujo el *patteggiamento*- se modificó ampliando los supuestos de aplicación, el incremento en su aplicación del *patteggiamento* no fue tan significativo como el legislador lo esperaba. En esa línea de ideas, ni las características del sistema acusatorio, ni la supuesta desincentivación del imputado para someterse al *patteggiamento* por la presencia de la parte civil, son fundamentos suficientes para excluir la acción civil y consiguientemente la participación de la persona ofendida por el delito y de la parte civil del procedimiento especial *de solicitud de aplicación de la pena a pedido de partes*, regulado en el art. 444 y ss del C. de PP It.

La decisión del legislador y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no hacen más que afirmar lo sostenido por Lupária (2012), quien señala que, “en primer lugar, la mezcla –de ascendencia francesa– entre la ofensa penal y el daño civil, que hace que el sujeto pasivo sea a menudo el portador solo de pretensiones económicas, de alguna forma ha terminado con hacer que la

víctima sea “antipática”. En la percepción de los operadores judiciales, esta se transforma en una especie de intruso en la constatación penal, empeñadoen monetizar su dolor más que en pedir justicia: de esta forma, como se ha dicho eficazmente, «se descubre el rostro más desagradable de la víctima», que tiende casi solo a la iniciativa resarcitoria contra el imputado” (p.105).

Asimismo, continúa el mismo autor indicando:

> Otro tema muy actual es el relacionado con la regulación de la figura de la víctima en el proceso penal. Tras los impulsos de disposiciones europeas (Decisión marco 220/2001 y Directiva 29/2012) la figura de la víctima que en muchos sistemas se ha arrinconado, empieza a adquirir espacio, no solamente bajo el perfil de los instrumentos de protección, sino también bajo el de los poderes de impulso y estímulo. Más allá de estas “presiones” de la Unión, ya Francia, con una fundamental reforma del año 2000, había reforzado la salvaguardia de los derechos de las víctimas en equilibrio con las garantías del imputado, presentándose actualmente a la vanguardia en las dinámicas prácticas de tutela, gracias a institutos tales como el *juge déleguée aux victimes* y los *bureaux des victimes*. España, caracterizada por la figura del acusador particular y por la consolidada atención al tema de la violencia de género, ha aprobado el borrador de un estatuto ad hoc para la víctima con el fin de atribuirle una posición sistemática bien definida. En cambio, otros sistemas, sobre todo Italia, por predilección cultural, conciben un juicio adversary centrado en la puesta en escena de solo dos sujetos, acusador y acusado, con la consecuencia de dejar a los demás, en primer lugar, a la víctima, en un papel secundario como espectadores. Sugestivamente, tomando prestada la aguda similitud ofrecida por una comparatista, podríamos afirmar que se ha llegado a una

> lectura del proceso acusatorio como si fuera una danza reservada sólo a dos sujetos, olvidando de esta forma que un proceso justo resulta más parecido a un baile colectivo, en el que se tratan también los intereses de sujetos diferentes, en especial testigos y víctimas.
>
> En realidad, la Directiva sólo quiere decirnos que un proceso penal únicamente puede considerarse justo cuando representa una correcta dosificación de equilibrio entre los diferentes intereses en juego, entre los cuales, sin duda, se encuentra la previsión de instancias de participación de la persona ofendida. Con todo, es obvio que no pretende propugnar que los sistemas europeos contemplen un excesivo desequilibrio hacia el sujeto pasivo, toda vez que son bien conocidos los riesgos colaterales de distorsión de todo el sistema sustancial y procesal (Lupária, 2012, p. 14-15).

En suma, en el *pattegiamento* al igual que en el *plea bargaining* la participación de la víctima es nula, pues el legislador italiano consideró que el juez sólo podría pronunciarse por la pena y no por la acción civil. Considero, por las razones ya expuestas, que la exclusión de la víctima en el *patteggiamento* no se encuentra justificada, más aún por la forma como se encuentra estructurado su sistema procesal penal; situación contraria sucede en el *plea bargaining,* pues la exclusión de la acción civil sí halla fundamento en su estructura procesal penal.

g. Efectos de la sentenza patteggiata.

Para Barona (1994) y Rodríguez (1997) la sentencia *patteggiata,* produce los siguientes efectos:

a) La sentencia, aún dictada después de la clausura del juicio oral, no tiene eficacia en los juicios civiles o administrativos. No tiene efectos extra

penales. Dicha sentencia no tendrá efectos en juicio civiles o administrativos para determinar el daño, la restitución o resarcimiento. Los mismos efectos tiene incluso luego de culminado el juicio oral.

b) La sentencia se equipara a una sentencia normal de condena y contiene una condena penal en sentido propio, situación distinta a lo que sucedía con la Ley 689 (art. 77), donde existía cuestionamiento de si se encontraban ante una sentencia de tipo penal o administrativa.

c) La extinción del delito queda condicionada por el art. 445.2 al comportamiento posterior del imputado. Es decir, se establece un plazo de cinco años, en caso de delito, o de dos años, en caso de faltas, dentro de los cuales el condenado no debe cometer ningún delito ni ninguna falta de la misma índole. Si esto es así, se entenderá que se produce la extinción del hecho, es decir, se produce la extinción "especial" del hecho delictivo, subordinada a las condiciones establecidas legalmente. La extinción del delito en este supuesto, a diferencia del ex art. 77, radica en el hecho de que va a retrotraer los efectos penales.

d) Podría darse una suspensión condicional de la pena, si las circunstancias en el caso concreto lo permiten (art. 445.2,2)

e) Con la sentencia patteggiata opera el principio *ne bis in ídem*, puesto que ese imputado no podrá ser objeto de un nuevo proceso penal por el mismo hecho, ni tampoco en el caso de que varía la calificación, el grado o las circunstancias.

f) La sentencia una vez firme adquiere fuerza ejecutiva.

2.3. Críticas a la figura procesal del pattegiamento

La profesora española Barona (1994), nos da a conocer algunas críticas que han surgido a nivel constitucional con la aplicación del *patteggiamento*, por vulneración de distintos principios constitucionales como son:

1) Respecto al contenido de la sentencia ya que no supone una intervención del órgano jurisdiccional (art. 101.2 de la Constitución italiana); se ha afirmado que el juez no es quien mide la pena, sino lo hacen las partes a través del poder discrecional que la figura procesal del *patteggiamento* les concede. Al respecto el TC italiano resolvió tal cuestión indicando que el juez no sólo va a tener el poder-deber de controlar la certeza de la existencia de las circunstancias que las partes han alegado, sino que también puede apreciar libremente otras circunstancias, ya sean atenuantes o agravantes: teniendo en cuenta, evidentemente, el posible juicio de equilibrio o desequilibrio que la solicitud de las partes puede llegar a suponer. Finalmente, ante la solicitud del imputado o del MF es el juez quien va a decidir la imposición de la pena.

2) En relación a los principios estipulados en el art. 13.1 y 24.2 de la C.I. respecto del propio art. 444 del CPP; al consentir el pronunciamiento de una sentencia de condena en base a los actos relativos a las **indagini preliminari** y, por tanto, sin aceptación sustancial de responsabilidad, siéndole posible al imputado el renunciar derechos indisponibles a las partes, como el derecho a la libertad personal y el derecho de defensa. Al respecto el TC ha señalado, que no puede confundirse el derecho de libertad y el de defensa con la obligación absoluta de ejercitarlos. La ley fundamental garantiza las condiciones a partir de las cuales los derechos de libertad y de defensa pueden ser ejercitados en toda su legítima extensión, pero esto no significa que autorice a configurar o a establecer el ejercicio de estos derechos como algo obligatorio.
   La solicitud del consenso, como señala LOZZI, por el imputado suponen una renuncia al ejercicio del derecho de defensa como contradictorio en el ámbito de formación de la prueba, renuncia que, como se desprende de la letra de la ley, atribuye valor probatorio a las **indagini preliminari.**

3) Con el art. 27,2 CI, porque limitando la actuación del juez al examen de la mera subsistencia de las causas de imputabilidad (art. 29 CPP), se podría llegar a plantear que se está produciendo una quiebra del principio de

> presunción de inocencia, en cuanto parece que, de este modo, se viene a exigir la prueba de la inocencia, así como de la responsabilidad penal. Ante tal situación se ha señalado que, si el acusado considera que es inocente y cuenta con las pruebas suficientes que le permitan probar su inocencia en juicio oral, nadie lo va a obligar a someterse al procedimiento especial del *patteggiamento*, dicho imputado podrá continuar el proceso ordinario. En buena cuenta, quien solicita la aplicación de una pena está renunciando a la facultad de contestar la acusación contra él planteada, sin que ello pueda considerarse como violación al principio de presunción de inocencia, que va a continuar manteniendo su papel hasta que la sentencia sea irrevocable. Sumado a ello, el juez de oficio ha de verificar si corresponde o no la imposición de la pena solicitada, en base a los medios probatorios obrantes en la documentación presentada por el MF, por lo que a falta de prueba ha de entenderse que una persona es inocente.
>
> Es evidente que el consenso, en cuanto solicitud de aplicación de la pena por el imputado, juntamente con el M.F., no puede entenderse como medio de prueba de la responsabilidad, dado que, de otro modo, estaríamos afirmando que la solicitud o el consenso del imputado suponen una confesión.

Por su parte Francesco y Guiseppe Cascini (como se citó en Salinas, 2011) refieren: “Produce perplejidad, también en este caso, la reducción procesal de la pena. En efecto, de este modo, por un lado, se consideran las garantías del justo proceso como garantías disponibles, por otra se abren espacios para tratos subterráneos con el Fiscal, sumamente peligrosos para la legalidad de la actuación de la acusación pública” (p. 107-108).

De otro lado Rodríguez (1997), señala: “En la búsqueda de esta celeridad procedimental para conseguir una justicia más rápida y eficaz, y a pesar de la influencia norteamericana, el nuevo C.P.P. It. No ha optado por la consagración pura del principio de oportunidad, sino que recurre a la simplificación de la fase instructora del procedimiento ordinario y al

establecimiento de nuevos trámites simplificados, sobre cuyo predominio se basa la funcionalidad del sistema" (p. 135).

Por su parte, Casso (2003) advierte que:

> a) En los intentos del legislador de 1988 los dos ritos del *juicio abreviado y del conciliatorio,* buscaban como resultado disminuir los debates, reduciendo fuertemente el número de los procesos penales ordinarios (con debate), que son más largos y más costosos para el imputado. En realidad, el resultado se ha obtenido sólo parcialmente; y, sobre todo, se vio críticamente por parte de la Magistratura que los procesos alternativosterminan siendo los procesos de los pobres, mientras elproceso penal acusatorio (con debate), a causa de los notorios costos de la defensa, es el proceso de los ricos
> b) Con la institución de los procedimientos especiales (*juicios abreviado y conciliatorio*) se ha tenido un retroceso también respecto a las garantías de la defensa, ya que se ha dado lugar a un juicio basado sobre actos de investigación, realizados por la Policía Judicial y por el Ministerio Público incorporados sin la contradicción (p. 17).

2.4. Diferencias resaltantes entre el plea bargaining, el pattegiamento y la terminación anticipada en el Perú.

En el sub capítulo anterior realicé el estudio del *plea bargaining* y conforme ha quedado plasmado en este capítulo dicha institución sirvió de inspiración para la incorporación de esta figura en los sistemas procesales de diversos países europeos, entre ellos el país de "Italia", quien importó dicho rito procesal a su ordenamiento jurídico, adaptándolo a sus propias necesidades y con la principal finalidad de aminorar la carga procesal en la administración de justicia, es así que en Italia nació la figura del *patteggiamento* con su propias peculiaridades; es decir un *"acuerdo negociado al modo italiano"* quecomo hemos visto difiere en diversos aspectos del *plea bargaining*.

En ese sentido, en este apartado de manera resumida voy a detallar las diferencias entre la fuente original del *"acuerdo negociado"*: el *plea bargaining*, el *patteggiamento* italiano y la terminación anticipada peruana. Ello con la finalidad de verificar las similitudes y diferencias entre estas tres instituciones y cómo es que han ido variando de un país a otro desde la fuente primigenia del *plea bargaining*.

Así, en esa línea de ideas presento el siguiente cuadro donde se aprecia las principales divergencias entre estas tres instituciones del *acuerdo negociado*.

	El *plea bargaining* en el proceso penal estadounidense.	**El *patteggiamento* en el proceso penal italiano.**	**La terminación anticipada en el Perú.**
Tipo de proceso	Forma parte del proceso común.	Es un proceso especial, distinto al proceso común.	Es un proceso especial, distinto al proceso común.
Etapa en la que se lleva a cabo	En la etapa del *arraignment*, luego de que el fiscal oralice su acusación ante el Tribunal.	- Puede llevarse a cabo durante las diligencias preliminares, durante la etapa intermedia y en la apertura del juicio inmediato y directo. - Si se lleva a cabo en las diligencias preliminares, se realiza una audiencia especialmente para resolver la solicitud.	- Durante la etapa de investigación preparatoria, antes de la acusación fiscal. - Se realiza una audiencia especial, destinada –*únicamente*- para la celebración de la terminación anticipada.
Sujetos involucrados	Fiscal y defensa del acusado. El acusado únicamente interviene para manifestar su conformidad y firmar el acuerdo.	Fiscal e imputado. Este último, únicamente se apersona ante el juez, si éste lo solicita a fin de corroborar su manifestación de voluntad.	Fiscal, acusado y su defensa.
Derechos reconocidos a la víctima	Derecho a ser oído por el Tribunal antes de la emisión de la sentencia. Pero lo que alegue, bajo ningún supuesto será considerado en la sentencia.	Ninguno. Salvo que se haya constituido en parte civil, el juez podrá pronunciarse sobre las costas procesales en las que incurrió dicha parte procesal; o en sentencia de apelación el juez decidirá sobre la acción civil.	- Puede estar presente en la audiencia de terminación anticipada, plantear su posición jurídica al respecto, pero ello de ningún modo va a influenciar en el acuerdo arribado entre el fiscal, el acusado y su defensa. - Derecho a apelar el extremo de la reparación civil.
Participación de la víctima o la parte civil en la negociación.	La víctima no participa	La víctima o la parte civil no participan.	La víctima participa, pero *"simbólicamente".*
Justificación de la exclusión de la víctima	La exclusión se justifica en que en su proceso penal no existe una dualidad de pretensiones (penal y civil).	Su exclusión no se encuentra justificada, ya que, en su proceso penal, por economía procesal, se discute tanto la pena como la reparación civil.	Su exclusión no se encuentra justificada, ya que, en nuestro proceso penal, por economía procesal, se discute tanto la pena como la reparación civil.
Órgano jurisdiccional ante el que se presenta la solicitud de	Ante el Tribunal, órgano jurisdiccional ante quien se llevará a cabo el juicio oral.	La solicitud se realiza ante tres tipos de órganos jurisdiccionales: - Ante el juez de la indagación preliminar.	Ante el Juzgado de Investigación Preparatoria. Órgano jurisdiccional que se encarga de dictar medidas de coerción personal y real;

declaración de culpabilidad		- Ante el juez de la audiencia preliminar - Ante el juez de juzgamiento.	asimismo, es encargado de la etapa intermedia.
Función del Juez	- El juez debe verificar que la declaración del acusado sea voluntaria, exacta e inteligente. - Debe constatar que esa declaración de culpabilidad se encuentre corroborada con diversos medios probatorios. - Aprobará o desaprobará el acuerdo arribado entre el fiscal y la defensa del acusado. En algunos estados, el juez tiene una participación activa, en la etapa de la negociación, pero es en la minoría.	- Ha de realizar un control judicial y legal respecto del contenido de la solicitud del *patteggiamento.* - Debe de verificar que existan suficientes medios probatorios en el expediente fiscal que amparen la solicitud de las partes. - Debe de verificar que la calificación legal del hecho imputado sea la adecuada. - Ha de constatar las circunstancias atenuantes y agravantes aplicables al presente caso. - Deberá determinar que la reducción de la pena no sobrepase del tercio que la ley otorga. - Podrá absolver al imputado si determina que existe causas de extinción de la acción penal. - Sólo puede aceptar o rechazar el pedido, más no modificar el mismo. - La aceptación del acuerdo es total, no puede ser parcial. - Únicamente citará al imputado a que comparezca a la audiencia a fin de verificar su declaración respecto de la aplicación del *patteggiamento*, si en caso lo considera necesario.	- El juez debe explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo. - Debe verificar que el consentimiento del imputado es libre, voluntario – sin presiones o amenazas- e informado. - Realiza el control de legalidad, tanto de la pena como de la reparación civil, que éstas sean proporcionales y razonables; así como que su declaración sea corroborada por diversos medios probatorios. - No interviene bajo ningún supuesto, en la negociación que realiza el fiscal, el imputado y su defensa. - Finalmente, le corresponde aprobar o desaprobar elacuerdo al que arribaron las partes.
Beneficios que obtiene el imputado	- Reducción de la pena - Reducción de cargos - Sustitución de cargos	- Reducción de la pena en un tercio; - El delito no se registra en el certificado penal que se proporciona a solicitud de particulares; - No se aplica sanciones auxiliares y medidas de seguridad (excepto confiscación) en el caso de que la sanción negociada no exceda de dos años, solo o junto con una sanción monetaria; - El acusado no tiene que pagar los costos del juicio. - Extinción del delito, si en cinco años (delitos) o en dos años (infracciones) el imputado no comete un delito o infracción de la misma especie.	- Se le reduce 1/6 de la pena concreta. - Si se acoge a la confesión sincera, recibirá un beneficio adicional, que se sumará al que se le otorga por terminación anticipada. - La acumulación no procede si el imputado tiene la calidad de reincidente o habitual.
Delitos para los que proceden los beneficios del *acuerdo negociado.*	Procede para todo tipo de delitos, los graves, los más graves y los menores.	No procede para ciertos delitos tipificados en el Título XII: Delitos contra la persona, Capítulo III: Delitos contra la libertad individual del Código Penal italiano, como son: - Prostitución infantil (art. 600-bis), - Pornografía infantil (art. 600-ter), - Posesión de material pornográfico (art. 600-quater),	- Procede la terminación anticipada para todo tipo de delitos. Pero lo que no procede -para ciertos delitos- es aplicar el beneficio de la reducción de la pena. Así, se tiene que no procede aplicar el beneficio de la reducción de la pena en los siguientes delitos: - **Criminalidad organizada.** - **Feminicidio.**

		- Pornografía virtual (art. 600-quater.1), - Iniciativas turísticas destinadas a explotar la prostitución infantil (art. 600-quinquies), - Violencia sexual (art. 609-bis), - Actos sexuales con menores (art. 609-quater); y, - Violencia sexual grupal (art. 609-octías). Asimismo, tampoco procede contra aquellos que han sido declarados delincuentes habituales profesionales y de tendencia, o delincuentes reincidentes de conformidad con el artículo 99, cuarto párrafo, del Código Penal.	- **Delitos de violación de la libertad personal** (Desde el Art. 153° al 153-J), como son: Trata de personas (Art. 153), formas agravadas de la Trata de Personas (Art. 153-A), explotación sexual (Art. 153-B), esclavitud y otras formas de explotación (Art. 153-C), promoción o favorecimiento de la explotación sexual (Art. 153-D), cliente de la explotación sexual (Art. 153-E), beneficio por explotación sexual (Art. 153-F), gestión de la explotación sexual (Art. 153-G), explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (Art. 153-H), beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (Art. 153-I), gestión de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (Art. 153-J). - **Delitos contra la violación de la libertad sexual** (Desde el art. 170° al 178°). - **Delito de proxenetismo** (Desde el art. 179° al art. 181-B) - **Delitos contra la ofensa al pudor público** (Desde el art. 182-A al 183-B).

En suma, hasta aquí puedo concluir el presente sub capítulo afirmando que la figura americana del *"plea bargaining"* al ser introducida al país italiano bajo la denominación del *patteggiamento,* ha tenido diversas modificaciones, algunas positivas y otras negativas. Y entre éstas últimas, se tiene – especialmente- la separación entre la acción civil y penal.

Conforme lo afirma Rodríguez (1997): "El importar el procedimiento americano (*plea bargaining*) a la realidad italiana, trajo diversas consecuencias debido a que las diferencias entre ambos países eran abismales, en cuanto a sus costumbres y tradiciones, que separan al sistema judicial italiano de los sistemas del *common law*".

Así, el *patteggiamento* en el intento de parecerse más a su fuente original -el *plea bargaining*- ha terminado apartándose más de sus características principales. Considero que el legislador italiano debió adecuar la figura del patteggiamento conforme a su estructura procesal penal; esto es, extender la negociación de la acción civil en este rito procedimental. Pues la propia experiencia y la práctica le han demostrado que la participación de la víctima

en este tipo de procedimientos no es realmente un factor desincentivador para que el imputado opte por esta salida alternativa.

De otro lado, de la revisión del cuadro comparativo entre las tres figuras procesales (estadounidense, italiana y peruana) se aprecia que, las particularidades de nuestra terminación anticipada difieren en gran medida del *patteggiamento* italiano; en base a ello, descartamos que ésta sea la fuente directa de nuestra terminación anticipada, que haya tenido influencia sobre nuestro legislador peruano, sí; pero no es la fuente inmediata de nuestra figura procesal. Y si en algo se parecen, es que, en la configuración de ambas instituciones, la víctima no participa en el acuerdo negociado.

A diferencia del *patteggiamento,* en la terminación anticipada peruana la acción civil no se excluye de dicho proceso especial, ésta se mantiene, sólo que en manos de la fiscalía. Si bien se podría decir que la pretensión resarcitoria de la víctima está amparada por el Ministerio Público, recordemos que el interés del fiscal no siempre coincide con el interés de la víctima, más aún cuando la experiencia ha demostrado que el Ministerio Público a fin de aminorar su carga fiscal, realiza negociaciones con el imputado por montos dinerarios muy por debajo de lo pretendido por la parte agraviada. Tema sobre el cual ahondaré en el capítulo correspondiente a la terminación anticipada.

En ese marco, lo estudiado en el presente capítulo nos ha permitido descartar que la figura del *patteggiamento* sea la fuente inmediata de nuestra terminación anticipada, por las grandes diferencias entre ambas instituciones procesales. Asimismo, nos ha permitido corroborar que en ambos ritos especiales la víctima no participa, pero a diferencia del *patteggiamento*, en la terminación anticipada se mantiene la acción civil, pero en poder del Ministerio Público. Y que la exclusión de la víctima en el patteggiamento no encuentra justificación en el tipo de sistema procesal penal adoptado.

3. Conclusiones del capítulo:

- El C. de PP italiano desde 1930 (*Código Rocco)* estaba estructurado de tal manera que su regulación acogía la acción civil y la participación – en el proceso penal- tanto de la persona ofendida como de la parte civil; es

decir, dicho Código adjetivo cobijaba una dualidad de pretensiones, una de naturaleza penal y otra de naturaleza civil, la misma que mantuvo luego de su reforma procesal penal.

- Es recién en 1988 que Italia– después de varios intentos- logró la gran reforma de su Código de Procedimientos penales de 1930; tal cambio estuvo inspirado en el sistema acusatorio-adversarial de los Estados Unidos de Norteamérica, por la facilidad y celeridad con que concluían sus casos y el no colapso de su administración de justicia, problemas frecuentes que afligían al sistema procesal penal italiano. Es así que el legislador italiano inspirado en el país norteamericano instauró por primera vez en Italia el modelo de tipo acusatorio-adversarial, pero adaptado a su propia realidad jurídica y social.

- El modelo acusatorio funciona en los sistemas donde existen salidas alternativas al juicio oral, pues ello permite que la administración de justicia no se sobrecargue, ya que un aumento del 1% de los casos que se declaran culpables paralizaría la administración de justicia. En ese sentido, Italia inspirado en el *plea bargaining* estadounidense incorporó a su sistema procesal penal la figura del *patteggiamento.*

- Pese a que la fuente inmediata del *patteggiamento* italiano es el *plea bargainig* norteamericano, ambas figuras procesales difieren en gran medida. Ya que la primera al intentar adquirir características genuinas de la figura americana y al ser adaptada a su propia realidad social, sufrió diversas modificaciones. De la misma manera dicha institución difiere de la terminación anticipada peruana.

- En el intento de equiparar el *pattegiamento* al *plea bargaining* y adaptarlo a su nuevo modelo acusatorio, el legislador italiano excluyó la discusión de la acción civil del *patteggiamento* y en ese sentido ni la persona ofendida ni la parte civil tienen participación en este rito procesal.

- La exclusión de la acción civil en el *plea bargaining* se encuentra plenamente justificado debido a que en el proceso penal estadounidense

no existe una dualidad de pretensiones, la acción civil no se debate al interior del proceso penal, es por ello que la no participación de la víctima en el *plea barganinig* es razonable y acorde a cómo está constituido su sistema procesal penal. Sin embargo, en el país italiano, no sucede lo mismo, ya que la supresión de la acción civil en el *patteggiamento* no es congruente con su estructura procesal, debido a que desde 1930 su C. de PP ha venido regulando la participación de la persona ofendida y de la parte civil en el proceso penal común. Y excluir la acción civil en este rito procedimental, vulnera la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima, sujeto procesal a quien en un proceso común sí se le permite exigir una reparación civil al interior del proceso penal.

- El argumento esbozado por el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia N° 443, en cuanto a que la exclusión de la acción civil en el *patteggiamento* resultaba necesario de acuerdo al nuevo sistema de corte acusatorio con el empezaba a contar el país de Italia, no resulta coherente con un proceso en donde se debaten dos tipos de pretensiones, una de naturaleza civil y otra de naturaleza penal; más aún, cuando pese a la transformación que se realizó al *Código Rocco* de 1930, el legislador a sabiendas que sustituía su sistema mixto por uno de tipo acusatorio-adversarial decidió mantener la dualidad de pretensiones en su proceso penal, es por ello que tanto la persona ofendida como la parte civil cuentan con una regulación específica en el C. de PP de 1988, el legislador italiano le ha asignado un capítulo específico para cada uno, donde le ha otorgado diversas facultades a fin de que pueda ejercitar la acción civil de acuerdo al daño ocasionado.

- Bajo esta dinámica el legislador y el Tribunal Constitucional italiano han primado el principio de celeridad procesal por encima de los derechos reconocidos a la víctima en el proceso penal, elección que consideramos errónea, debido al acogimiento y respaldo normativo con que cuenta la víctima en un proceso común.

- Siendo ello así, considero que la eliminación de la acción civil y consecuentemente la exclusión de la persona ofendida y de la parte civil

del procedimiento especial del *patteggiamento* transgrede el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa de la víctima. Revictimizando a este sujeto procesal al reenviarlo a la justicia civil a fin de que ejercite su derecho.

CAPÍTULO VI. - ESTUDIO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO: ANÁLISIS DE *LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y LOS PRE ACUERDOS Y ACUERDOS* COLOMBIANOS.

1. Estructura del procesal penal colombiano

El sistema procesal penal colombiano inició su gran reforma en el año 2002, con la modificación de algunos artículos de su Constitución, que eran necesarios para poder adoptar un nuevo sistema procesal, distinto al sistema mixto – marcadamente inquisitivo- con el que se contaba en ese entonces. Así, conforme lo señala Calle (2004): "El Acto Legislativo 03 de 2002 reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional en función de superar, según se decía, los que parecían obstáculos de rango constitucional para la realización de un sistema procesal penal acusatorio o marcadamente acusatorio" (p. 88).

Así, la reforma procesal penal se consolidó a través de la promulgación de la Ley N° 609, publicada el 31 de agosto de 2004, mediante la cual se transformó toda la estructura procesal penal, bajo la adopción de un nuevo modelo procesal penal. Un cambio interesante que se plasmó en esta transformación – que se encuentra relacionado a nuestro tema principal- fue lo relacionado a la víctima, pues a diferencia del Código de Procedimientos Penales anterior, el actual no le otorga la posibilidad de constituirse en *"parte procesal"*,situación que generó diversos problemas en cuanto a su participación al interior del proceso penal, los mismos que han requerido de la intervención dela Corte Constitucional a fin de determinar cuál es la participación de este sujeto, que en la actualidad lleva el nombre de *"interviniente".* En ese sentido,en el C. de PP de 2004 colombiano no vamos a encontrar un Capítulo destinado a regular la participación de la víctima constituida en actor civil o parte civil – como si lo encontramos en nuestro CPP de 2004 peruano-, sino únicamente como interviniente procesal.

Pese a la calidad de interviniente procesal con la que cuenta la víctima, ello no es óbice para que su C. de PP de 2004 – al igual que el peruano – soporte dos tipos de pretensiones: una de naturaleza penal y otra de naturaleza civil,

por lo que al estudiar este cuerpo normativo vamos a encontrar un capítulo específicamente destinado a regular la participación de *"la víctima*" en el proceso penal: Capítulo IV, desde el art. 132 al art. 137.

Así, en el presente apartado voy a desarrollar las fases del proceso penal colombiano, por lo que de la revisión de su cuerpo normativo vamos a encontrar que el mismo se encuentra estructurado de la siguiente manera: Un Título Preliminar -en el cual se regula los principios rectores y garantías que han de tenerse en consideración en el desarrollo del proceso penal- y ocho libros, divididos de la siguiente manera: 1) Libro I, compuesto por seis títulos, en los que se regulan temas de jurisdicción, competencia, acción penal, atribuciones del Ministerio Público, partes e intervinientes procesales. 2) Libro II, dividido en seis títulos, en los que se regula lo concerniente a los actosde indagación, investigación, lo relativo a medios probatorios; así como lo relacionado a la formulación de la imputación [en el que vamos a encontrar el procedimiento en caso de aceptación de la imputación –art. 293.], medidas de aseguramiento, el principio de oportunidad y la preclusión del proceso. 3) Libro III, conformado por seis títulos, encargado de regular lo relativo a la acusación, a los pre acuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, la audiencia preparatoria y lo relacionado a la fase de juzgamiento. 4) Libro IV, encargado de regular la ejecución de las sentencias. 5) Libro V, dedicado a regular lo atinente a la Cooperación Internacional. 6) Libro VI, destinado a regular la concerniente a la Justicia restaurativa. 7) Libro VII, dedicado al régimen de implementación. 8) Libro VIII, el mismo que regula elprocedimiento especial abreviado y acusación privada.

En esa línea de ideas, en el presente capítulo comenzaré por indicar el modelo procesal con el que cuenta el país colombiano, seguidamente desarrollaré las etapas de su proceso penal, en el que resaltaré lo regulado en cuanto a los derechos, deberes y participación de las víctimas, el mismo que se encuentra estipulado en el Libro I, Título IV, Capítulo IV, desde el artículo 132 al artículo 137° del C. de PP de 2004, así como los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia a fin de afianzar los derechos de lasvíctimas en el proceso penal. Así, estos ítems me permitirán analizar cuál es

la participación de la víctima en la *terminación anticipada* colombiana, así como en los *pre acuerdos* y *acuerdos.*

1.1. Modelo procesal penal colombiano.

El país colombiano, bajo los parámetros de su Constitución Política de 1991, contaba con un modelo procesal penal mixto, marcadamente inquisitivo, el mismo que se efectivizó a través del Decreto 2700 de 1991 y en la Ley 600 de 2000. Y estando ante la deficiencia de dicho sistema y ante la necesidad de una reforma, se optó por reemplazarlo por el modelo acusatorio con rasgos adversariales, el mismo que fue incorporado a su ordenamiento jurídico a través del Acto legislativo 03 de 2002 y del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-454/2006 ha sostenido que efectivamente el modelo que ha adoptado Colombia es acusatorio [pero no es un acusatorio puro]; sin embargo, ha mantenido su propia especificidad, es decir algunas características del sistema mixto, con lo que se podría decir que estamos ante un sistema acusatorio de tradición anglosajona o continental europea (f. 45.a).

Por su parte Calle (2004), señala que, "después de leer la exposición de motivos del Acto Legislativo 03 de 2002 y del proyecto de CPP, las explicaciones de sus autores y de sus defensores y de estudiar sus contenidos, se puede llegar a la conclusión de que evidentemente se ha celebrado la adscripción a una estructura conocida como acusatoria, pero a la manera americana y de Puerto Rico, en una avanzada más de lo que Bernd Schüneman ha llamado *la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo"* (p. 90).

Sin embargo, una postura un poco alejada al pronunciamiento de la Corte Constitucional, lo mantiene la profesora Díaz, quien afirma que el Proceso Penal colombiano antes que acusatorio es adversarial (Díaz, 2014) [90].

[90] Al respecto la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-454/2006, en el fundamento 45.c, ha afirmado todo lo contrario a lo sostenido por la autora Díaz Gonzáles en su trabajo *"El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación".* Así la Corte ha afirmado que:

Al respecto, considero -luego de revisar la estructura del Código adjetivo colombiano- que efectivamente Colombia cuenta con un modelo acusatorio -pero conforme lo afirma su Tribunal Constitucional- pero no un modelo acusatorio puro, sino con las características propias de los sistemas procesales continentales [principalmente con la característica de que la víctima posee poderes autónomos e independientes a fin de participar activamente al interior del proceso penal]. Asimismo, creo que este modelo acusatorio a lo continental, posee rasgos adversariales que se vislumbran de mejor manera en la etapa de juzgamiento.

1.2. Partes e intervinientes en el proceso penal colombiano.

En el *Título III*, desde el art. 109 al art. 112 vamos a encontrar una regulación exclusiva destinada al Ministerio Público; en el *Título IV*, desde el art. 113 al art. 137, encontraremos las disposiciones que regulan lo concerniente a las partes e intervinientes en el proceso penal, el mismo que se encuentra conformado por cuatro capítulos: Capítulo I: dirigido a la Fiscalía General de la Nación, Capítulo II: lo relacionado a la Defensa, Capítulo III: en relación al imputado y Capítulo IV: destinado a regular los derechos de las víctimas en el proceso. Asimismo, en el *Título V,* desde el art. 138 al art. 143, se encuentra estipulado los deberes y poderes de los intervinientes en el proceso penal.

> También ha indicado la jurisprudencia de esta Corte que el nuevo sistema no se puede catalogar como un modelo típicamente adversarial, en donde el juez funge como árbitro entre dos partes que se enfrentan en igualdad de condiciones. El juez cumple un papel activo de garante de los derechos del imputado o acusado y de las víctimas:
>
> *"El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la* ***víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral,*** *de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad".*(Se destaca).

Dicho título está dividido en cuatro capítulos: Capítulo I: Relativo a los deberes de los servidores públicos; Capítulo II: Destinado a los deberes de las partes e intervinientes; Capítulo III: Regula los deberes de la Fiscalía General de la Nación; y, Capítulo IV: De los poderes y medidas correccionales. Siendo está la forma como se encuentra estructurado la sección de las partes e intervinientes en el proceso penal, pasemos a desarrollar la actuación de los mismos y los deberes y derechos con los que cuentan.

1.2.1. El Ministerio Público.

El Ministerio Público es el órgano encargado de velar por la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales. Tiene a la cabeza al *"Procurador General de la Nación"*. El Procurador tiene facultad para actuar en el proceso penal, cuando lo considere necesario; para ello, los fiscales, jueces y la policía están en la obligación de comunicarle –oportunamente- sobre las actuaciones que se ejecuten desde las diligencias preliminares (art. 109 del C. de PP de 2004).

De dicho párrafo se puede advertir que la denominación de *"Ministerio Público"* en Colombia la utilizan para hacer referencia al Procurador General de la Nación, situación totalmente distinta a lo que sucede en el Perú. Ya que la denominación de "*Ministerio Público*" nosotros lo utilizamos para referirnos a quien es titular de la acción penal (Art. 159 de la Constitución Política y art. IV del Título Preliminar del CPP de 2004). En el Perú el Ministerio Público, es el órgano encargado de la persecución de la acción penal, teniendo a la cabeza al Fiscal de la Nación. Y la Procuraduría General de la República, es una institución totalmente distinta e independiente a la del Ministerio Público, teniendo a la cabeza al Procurador General de la Nación, quien tiene como mandato constitucional ejercer la defensa jurídica del Estado peruano, en los casos donde el Estado se encuentra en calidad de agraviado, así se encuentra regulado en el art. 47 de nuestra Carga Magna.

Al respecto, Díaz (2014), señala: "El órgano llamado en el derecho positivo como Ministerio Público no es un instituto propio del sistema penal acusatorio ni del principio acusatorio, por lo cual no se puede acudir al derecho comparado –donde no existe con esas características, o se utiliza esa

denominación para designar a la fiscalía– para hacer una reflexión sobre su papel en la estructura del proceso adoptado; por ello, solo en el modelo colombiano se incluye este actor de manera activa y equilibrada, con facultades autónomas que le permiten defender el interés público y el orden jurídico. Su inclusión en el proceso penal, recuérdese, tiene precedentes en la Ley 600 de 2000 que lo considera un sujeto procesal con iguales facultades, además de las especiales, que la fiscalía, la defensa, el procesado y la víctima, entre otros" (p. 67).

Habiendo realizado dichas advertencias, respecto a la denominación de *Ministerio Público* en Colombia y en el Perú, tenemos que el artículo 111[91] del C. de PP de 2004 colombiano regula una serie de derechos y facultades que posee el Procurador General de la Nación -*en su calidad de representante de la Sociedad*- durante todo el proceso penal, a fin de velar y garantizar los derechos humanos y derechos fundamentales de todas las partes e intervinientes en el proceso penal. El Procurador, quien actúa a través del Ministerio Público, es un tercero imparcial en el proceso penal, quien procurará un debido proceso al interior del proceso penal, siempre en defensa de los derechos fundamentales, ya sea en favor de la fiscalía, del imputado o de la víctima.

De ahí que se destaque su papel como un interviniente principal y discreto, activo en todas las etapas del proceso, en cuya virtud debe velar por los intereses de la sociedad, el respeto de los derechos y garantías procesales y la legalidad, el equilibrio entre las partes para impedir el exceso o abuso de una sobre otra; desde luego, ello hace que sus actuaciones no desnaturalicen el sistema al mantenerse, pese a su injerencia, como un proceso de partes en el que fiscalía y defensa gozan de igualdad de oportunidades (Corte Constitucional, Sentencia C-144, 2010), (Díaz, 2014, p. 68)[92].

[91] Véase el Anexo 1.

[92] Al respecto, la maestra de la Universidad Sergio Arboleda, sanciona su participación en el proceso penal, indicando que: "De igual manera, debe decirse que su intervención en el proceso deviene innecesaria, puesto que si se pretende justificar su participación como guardián de la legalidad, de los intereses de la sociedad, de los derechos humanos y los derechos fundamentales, el juez –ya sea de control de garantías o de conocimiento– está obligado a respetarlos y a garantizarlos en virtud del principio de legalidad. De igual manera, los fines ya referidos están protegidos por el ejercicio de los fines del proceso que cobijan a todas las partes e intervinientes (Díaz, 2014, p. 68)."

1.2.2. Fiscalía General de la Nación.

La *Fiscalía General de la Nación*, por mandato constitucional en el proceso penal es el titular de la acción penal, es el encargado de investigar y de acusar. Dichas facultades le han sido otorgadas por la Carta Política, así el artículo 250 señala: *"Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento de denuncia, petición especial o querella, desarrollar la investigación de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal".*

El referido mandato constitucional fue recogido en el artículo 66 del C. de PP de 2004 colombiano, que indica: *"El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código".* En ese sentido, en palabras de Umbarila (2005): "(…) son los fiscales los titulares de la pretensión punitiva del Estado y tienen como principales funciones las de investigar y acusar" (p. 19).

En esa línea de ideas, a fin de que la Fiscalía General de la Nación, cumpla con sus funciones constitucionales y legales, el artículo 114[93] del Código adjetivo le otorga una serie de atribuciones que van desde la dirección de la investigación, recolección de medios probatorios (que le permitan sustentar una posterior acusación), ordenar registros, allanamientos[94], incautaciones,

---

[93] Véase el Anexo 2.

[94] Al respecto Calle (2004) señala: "Así, se dijo que son funciones de la Fiscalía General de la Nación, que
no del juez de garantías, "adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones", con lo que vino a relegitimarse, ahora en el nivel constitucional, la autorización para que el fiscal interfiera en el mundo de los derechos y las libertades del perseguido. Cualquier abundamiento crítico sobre el tema, lo podríamos resumir, paradójicamente, en la misma exposición de motivos del proyecto de código:

> "De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la fiscalía, a la cual se le confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la

interceptación de las comunicaciones, que luego deberán ser convalidadas por el juez de garantías; actuación en el juicio oral, interposición de recursos y entre otras actuaciones que le permitan cumplir con su función.

1.2.3. Defensa.

La defensa del imputado estará a cargo del abogado que sea designado por el imputado o en su defecto el que sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, cuando el imputado no cuente con los recursos suficientes para contratar una defensa particular.

Esta defensa –ya sea particular o pública- deberá ser designada desde la formulación de la imputación por parte del fiscal contra el imputado o si el indagado lo considera necesario desde que se le apertura una investigación en su contra (art. 118 del C. de PP de 2004). La defensa del indagado o del imputado estará en la facultad de ejercer los derechos y facultades que los Instrumentos Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen en favor del imputado (art. 124 del C. de PP de 2004).

La defensa tendrá derecho a tomar conocimiento de manera oportuna de todas las actuaciones realizadas por la fiscalía, así como de los medios

---

responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos"

Y también, que serán de la competencia del juez de control de garantías las llamadas medidas cautelares personales y reales, aunque se autorizó a la ley para concederle a la Fiscalía la facultad "para realizar excepcionalmente capturas", evento en el cual el juez operará como juez de control de garantías. Probablemente no es una necedad si decimos que todo lo anterior traduce la esquizofrenización del discurso en torno a las garantías y de cualquier proyecto acusatorio y que así las cosas otra vez parecería tratarse de la concesión de una patente de corso a favor de la Fiscalía y de su mejor posición en el escenario de las persecuciones penales, de cara a lo que de modo visible es la mejor y primera preocupación de la reforma, que es lograr que las persecuciones penales terminen pronto, con sentencias anticipadas y negociadas, sentencias condenatorias en todo caso (…)

Nuestra preocupación ha sido igualmente la preocupación de otros. Recientemente, algunos profesores de la Universidad de los Andes así se han manifestado:

> "(...), entregar a una de las partes interesadas en el resultado del proceso la facultad de decidir por sí misma la procedencia del registro, incautación, allanamiento o interceptación de comunicaciones del investigado, quien es su contraparte en el proceso, sin la intervención de un tercero imparcial y objetivo, se contrapone con la esencia misma del procedimiento acusatorio y rompe con el principio de imparcialidad y con el equilibrio de las partes. (...). El diseño normativo así planteado debe ser objeto de crítica en cuanto establece notorio desequilibrio de partes que deslegitima la pretensión inicial de quienes hemos propugnado por la modificación del sistema actual y, pareciera corresponder a una intención de prorrogar la situación actual para evitar el enfrentamiento al verdadero cambio que significa la asunción de una forma acusatoria de procesamiento del delito" (p. 95-96)."

probatorios que recabe, participar activamente en el proceso penal – en todas las fases e instancias- en favor de su defendido, no está obligado a recabar medios probatorios, pero si lo considera podrá hacerlo, interponer recursos impugnatorios y demás actuaciones que la ley le concede.

1.2.4. Imputado.

El imputado adquiere esta calidad desde el momento en que la fiscalía formula imputación en su contra o desde el momento en que es capturado. Su situación jurídica cambia al de acusado, con la presentación de la acusación en su contra (art. 126).

Conforme se indicó en el punto anterior, en lo relativo a su defensa, el imputado no sólo cuenta con los derechos que el C. de PP de 2004 le provee, sino con los que le son reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política (art. 130).

Así, en la Sentencia C-1154-05 de la Corte Constitucional se resalta el derecho de defensa con el que cuenta el investigado, indicándose que éste debe contar con un defensor desde la formulación de la imputación o desde la primera audiencia a la que fuere citado.

1.2.5. Víctima.

En los últimos años en el derecho penal colombiano se han venido introduciendo mecanismos en pro de la protección de este segmento de la relación delictiva, pues, se insiste, hasta ahora la legislación se ha venido preocupando especialmente del delincuente, dejando en un prácticoabandono a la víctima. (…) A pesar de las tendencias internacionales, constitucionales y legales, las condiciones en que se sigue tratando a las víctimas o perjudicados con el delito son lamentables y no han experimentado, en la práctica, mayor cambio (Márquez, 2006, pp. 132, 136).

Tal situación se evidenciaba pese a que bajo los parámetros de la Ley N° 600 del año 2000 – a diferencia de la Ley N° 906 de 2004- la víctima tenía la facultad de constituirse en "*parte civil*", adquiriendo de esa manera la calidad

de parte procesal en el proceso penal, con lo cual podía actuar en igualdad de posibilidades que los demás sujetos procesales. Sin embargo, con la adopción del nuevo modelo acusatorio, la víctima ahora tiene la calidad de "*interviniente procesal"*, un *"interviniente especial"* [95]*.*

Al respecto, Díaz (2014) señala: "Así las cosas, la víctima aparece como un interviniente, pero se le otorgaron una serie de atribuciones o facultades para actuar por sí misma, so pretexto de la verdad, la justicia y la reparación integral, que son fines del proceso penal (véase Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 137); no obstante, a partir de la audiencia preparatoria se le exige que actúe a través de un profesional del Derecho, aunque cuando carece de recursos la fiscalía le debe proporcionar de oficio" (p. 61).

Efectivamente, el actual C. de PP de 2004 colombiano, no cuenta con una regulación destinada a reglamentar la participación de la parte civil o actor civil – como sí lo tenía su antecesor (C. de PP del año 2000)- únicamente, se tiene las disposiciones referidas a la *"víctima"*, a quien se le considera como un

[95] Como se recordará, el artículo 250 original de la Constitución Política de 1991 –norma de normas, punto de inicio y finiquito del ordenamiento jurídico– establecía la obligación de la fiscalía de propender por la protección de la víctima ya desde el momento en el que tuviera conocimiento de la realización de la conducta y le imponía el deber de adoptar las acciones tendentes a lograr el restablecimiento de sus derechos y el pago de los perjuicios con ocasión del injusto. Ese precepto constitucional fue desarrollado en su momento por el anterior y derogado Código de Procedimiento Penal, para el cual la víctima era concebida como un verdadero sujeto procesal siempre y cuando actuara a través de apoderado y se constituyera como parte civil, con la pretensión de obtener el resarcimiento de los perjuicios individuales y colectivos causados con el delito, como se disponía en su artículo 45 (Congreso de la República, Ley 600, 2000). Además, a la fiscalía como director de la instrucción le correspondía proteger a las víctimas, cosa que también sucedía con los testigos y otros intervinientes incidentales en el proceso, y debía adoptar las medidas necesarias tendentes al resarcimiento de los perjuicios y el restablecimiento del derecho, si a ello hubiere lugar, como se infería del artículo 114 de esa normatividad.

Por ello, la víctima actuando como parte civil, contaba con una participación activa en el proceso, podía solicitar la práctica de pruebas, tanto en la instrucción como en la causa, recurrir las decisiones, participar activamente en el ritual probatorio (Congreso de la República, Ley 600, 2000, art. 407) y presentar alegatos previos al fallo (Congreso de la República, Ley 600, 2000, art. 393 inciso 2°). Tenía pues, una vez constituida como parte civil, iguales facultades que los demás sujetos procesales. Ello era producto del modelo de corte mixto de tendencia inquisitiva que se implantó entonces en Colombia; sin embargo, no se puede decir que el sistema aplicado hasta el año 2004 –con la salvedad ya anota en lo que toca con su vigencia– fuera insuficiente –basta con aceptar su deficiencia– de lo que se trata es de advertir que la criminalidad y la impunidad se mostraron incontrolables y el sistema se tornó inane para abarcar tal problemática estructural que, en términos de justicia, terminó por desajustar y tornar inoperante el patrón adoptado (Díaz, 2014, p. 60).

"interviniente"; sin embargo, conforme lo ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia en diversos pronunciamientos, tal denominación no es impedimento para que la víctima pueda tener una participación activa al interior del proceso penal. Así, especialmente en la Sentencia C-454/2006, fundamento 46, ha referido que: *"la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso, que no depende del calificativo que se le atribuya (como parte o interviniente), en tanto que se trata de un proceso con sus propias especificidades, en el que los derechos de los sujetos que intervienen están predeterminados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales acogidas por el orden interno y la jurisprudencia constitucional (…)."* Por lo que a modo de ejemplificación vamos a ver, en síntesis, algunos pronunciamientos muy interesantes y enriquecedores de la Corte Constitucional de Colombia en relación a la participación de este *"interviniente especial"* en el proceso penal colombiano.

- *Sentencia C-228 de la Corte Constitucional de Colombia del año 2002:*

En dicha sentencia se señala que la víctima es un *"interviniente especial"*, quien tiene intereses concretos en el proceso, como son: *i) derecho a la verdad:* derecho de las personas a conocer lo que efectivamente sucedió en su caso; *ii) derecho a la justicia:* lo cual se vincula con el derecho a la no impunidad[96]; y, *iii) derecho a la reparación integral*: lo cual importa la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos

[96] (…) Esta interdependencia de derechos aparece manifiesta en el *derecho de las víctimas a un recurso efectivo,* el cual forma parte del derecho a la verdad y también del derecho a la justicia (…).

El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo
36. Con fundamento en el artículo 93 constitucional, que establece que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la Corte ha examinado la evolución que en el derecho internacional, ha tenido la protección de los derechos de las víctimas, particularmente el derecho a un recurso judicial efectivo, como elemento fundamental de esa protección. Los más relevantes instrumentos internacionales consagran explícitamente este derecho.

37. Así, ha destacado la jurisprudencia que tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre como la Declaración Universal de Derechos Humanos, marcan una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una *tutela judicial efectiva de sus derechos,* a través de la cual no sólo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia. Fundamento 36 y 37 de la Sentencia C-454-2006.

de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación. Razones suficientes que le permiten participar activamente en el proceso más allá de ser un simple convidado de piedra. Sumado a ello, la victima tiene derecho a ser tratada con dignidad y tiene derecho a conocer las decisiones que la afectan y a la tutela jurisdiccional efectiva, como forma de acceder a los derechos anteriormente indicados (verdad, justicia y reparación integral). Tal pronunciamiento se repitió en el año 2006, a través de la Sentencia C-454-2006.

- *Sentencia C-454 de la Corte Constitucional de Colombia del año 2006*

La presente sentencia, es una sentencia de inconstitucionalidad, en la que el demandante exigía que a la víctima se le reconozca la calidad de sujeto o parte procesal y no sólo de un simple interviniente. A consideración del demandante, a la víctima se le desconocía el derecho de acceso a la administración de justicia, el debido proceso y el principio de igualdad. Ante tales cuestionamientos la Corte se pronunció reafirmando los derechos reconocidos en la Sentencia C-228-2002, *derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral;* sumado a dichos derechos, se le reconoció *el derecho a la participación activa al interior del proceso penal y el derecho al recurso judicial efectivo.* En cuanto a estas últimas facultades otorgadas a la víctima, la Corte – haciendo referencia a instrumentos internacionales, especialmente a lo regulado por el artículo 8 y 25[97] de la Convención Americana sobre derechos humanos, así como lo estipulado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional- indicó que los derechos y la participación de las víctimas al interior del proceso penal no sólo se encuentran circunscriptos a la reparación patrimonial, sino principalmente a la tutela judicial efectiva a fin de garantizar su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral[98]. Y en ese

[97] En aplicación de esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido en forma reiterada y consistente el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, para intervenir en los procesos judiciales en los que se debate la autoría y responsabilidad de los presuntos perpetradores de las conductas punibles. Último párrafo del fundamento 38 de la Sentencia C-454/2006.

[98] Al respecto dicha Corte -en el fundamento 51 de la misma Sentencia- ha aseverado que: "Se trunca el derecho de acceso a la justicia, a través de una concepción recortada de la garantía de comunicación a la víctima, limitada al momento en que ésta "intervenga" en la actuación penal. No se precisa de una "intervención" en sentido procesal[98] para que las autoridades de investigación asuman los deberes que impone la garantía de comunicación que se proyecta en dos ámbitos: *(i)* información acerca de los

sentido la víctima tiene derecho a: *a) ser tratada con dignidad, b) ser informada de manera completa de los hechos que se investigan, c) ser escuchada, c) que se le brinde protección, d) ser reparada materialmente; y, e) apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses.* Un párrafo importante a resaltar de dicha sentencia, es el fundamento 41, que señala:

> Sobre la efectividad del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229), ha establecido la jurisprudencia que su garantía depende de que éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no sólo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones *la Corte constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la*

---

derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y *(ii)* acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho "a saber", el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias, desde sus primeros desarrollos. La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a la víctima las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efecto de que puedan contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos".

verdad y a la justicia. (El subrayado es nuestro).

Finalmente, en el fundamento 46 se asevera de manera enfática que independientemente del calificativo que se le atribuya a la víctima (como parte o como interviniente), la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso penal y su intervención no depende del calificativo que asuma. Ya que sus derechos están predeterminados por preceptos constitucionales, fuentes internacionales acogidas por el ordenamiento interno y la jurisprudencia constitucional.

- *Sentencia C-209 de la Corte Constitucional de Colombia del año 2007*

En la presente sentencia, la Corte reitera que, si bien la víctima no tiene la calidad de parte, ello no es óbice para que tenga una participación activa al interior del proceso. Así, señala que la víctima en su calidad de *"interviniente especial"* en el proceso, cuenta con autonomía e independencia en relación a las funciones ejercidas por el fiscal. Que, si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 otorgó al fiscal la función de acusar, ello no supedita la intervención de la víctima a la actuación del fiscal. La intervención de las víctimas es diferente a la de cualquier otro interviniente, toda vez que éstas pueden actuar, no solo en una etapa, sino en todo el proceso penal.

De otro lado, le reconoció diversas facultades en relación a la prueba, afirmando que las víctimas están habilitadas para: *i) solicitar que se practiquen pruebas anticipadas*; *ii) requerir el descubrimiento de material probatorio o de evidencia física específica; iii) hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas quese harán valer en la audiencia de juicio oral;* y, *iv) solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba*.

Asimismo, afirmó que la víctima tiene la posibilidad de solicitar medidas de aseguramiento o de protección directamente al juez competente -sin mediación del fiscal-, formular observaciones a la acusación fiscal, manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. Y en la etapa de juicio oral – a través de su

abogado- podrá ejercer sus derechos sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propia teoría al margen del fiscal.

Y finalmente, señaló que la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: *(i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria*[99]*.*

Sumado a dichos pronunciamientos en favor de la participación de las víctimas al interior del proceso penal, en la Sentencia C-979/2005 se declaróque éste *"interviniente especial"* puede recurrir el fallo absolutorio. En la Sentencia C-1154/2005, se les reconoció el derecho a la información por parte de los órganos de investigación desde el momento en que tengan comunicación con las autoridades. En esa línea de ideas, en la Sentencia C-526/2007 se declaró inexequibles el ordinal h del artículo 11 y el numeral 4 delartículo 137 ibídem, por limitar el derecho de postulación en el caso de existirmás de una víctima, por considerarse desproporcionadas tales limitantes en desmedro de sus derechos (Díaz, 2014).

De igual manera, declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la ley 906 de 2004, facultando a la víctima para que intervenga en los acuerdos y preacuerdos (Corte Constitucional, Sentencia C-454, 2006); además, hizo otro tanto con el art. 101, en el entendido de que también la víctima tiene la facultad de solicitar la suspensión provisional del

[99] Una fuerte crítica a los diversos pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional de Colombia, respecto de los derechos reconocidos a la víctima, viene de parte de la profesora Díaz Gonzáles de la Universidad de Sergio Arboleda, quién al analizar la Sentencia C-209/2007, señala: "Advirtiendo la Corte la posible mutación del sistema en cuanto a su participación en la práctica de pruebas (por ser este un punto dirimido por la Constitución y la ley) concluyó que su limitación estaba justificada en lo adversarial del sistema (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007). Sin embargo, agregó que en las demás etapas del proceso tenía la posibilidad de impulsar el procedimiento sin sustituir las funciones de la fiscalía; por tanto se concluye que su participación en el juicio se limita en atención al carácter adversarial, pero en las demás etapas procesales, indagación, investigación y acusación por no haber sido definidas por el legislador como adversariales, se admite que el papel sea más activo. Por supuesto, con tales decisiones la Corte terminó por sepultar el principio acusatorio, porque si algo está claro es que este no se predica sólo del juicio sino de todo el proceso; además, su aplicación debe ser constante y no intermitente (Díaz, 2014, p. 65)".

poder dispositivo sobre bienes sujetos a registro (Corte Constitucional, Sentencia C-839, 2009), (Díaz, 2014, p. 64).

Tales pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana han sido amparados en su propio texto constitucional, toda vez que los derechos de la víctima tienen rango constitucional y no sólo radican en normas de carácter procesal. En esa línea de ideas, Márquez (2006), señala:

> Las disposiciones que se regulan en la Ley 906 de 2004 con fundamento en la norma constitucional sobre los derechos de la víctima, corresponde a los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional, que han sido acogidos por la jurisprudencia de esta Corte Constitucional. La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva, con fundamento en los artículos 229 y 29 de la Constitución Política, y de reflejo en las disposiciones del derecho internacional. Estas normas superiores de orientación constitucionales permiten establecer un sistema de garantías que implica un derecho a tener pronto acceso a la justicia. (Art. 229); la igualdad ante los tribunales (Art. 13); la defensa en el proceso (Art. 29);la imparcialidad e independencia de los tribunales; la efectividad de los derechos (Art. 2° y 228); se predica tanto del acusado como de la víctima, pues, es preciso establecer que si bien, se reconoce los derechos de las víctimas, como antes no se había hecho, no es en desmedro de los derechos del procesado. Esta equivalencia en la igualdad, como lo explica el profesor Caferata Nores, permite hablar que los derechos a la defensa, a un tribunal imparcial, a ser oído y a participar

> en el proceso, juez natural, entre otros derechos, se predica tanto del sindicado como de la víctima, bilateralidad, como afirma la Corte Constitucional que se refleja en el respeto al debido proceso, que involucra principio de legalidad (p. 138).

Como se puede advertir, la víctima en el país colombiano – desde la perspectiva constitucional, tanto normativa como jurisprudencial, cuenta con amplios derechos a fin de lograr una efectiva participación al interior del proceso penal. Ahora bien, desde el ámbito procesal tenemos que el artículo 132 del C. de PP de 2004 define a dichos *"intervinientes especiales"* como: *"Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto".*

Así, a partir del artículo 135° en adelante vamos a encontrar diversos derechos reconocidos a la víctima, entre ellos el derecho a la información y para que dichos derechos se vean efectivizados es necesario que el fiscal le comunique cuáles son los derechos que le son reconocidos desde el momento en que intervenga en el proceso penal. Igualmente, se le deberá informar sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral.

En ese sentido, en el artículo 136 del C. de PP de 2004, se señala que tanto la fiscalía como la policía judicial tienen el deber de informar a la víctima sobre los diversos derechos que le asiste, como por ejemplo: *i) dónde puede presentar una denuncia o querella, ii) dónde y cómo puede solicitar protección, iii) cuáles son los mecanismos de defensa que puede utilizar, y entre otros.* (Ver anexo 3).

En suma, la víctima tiene derecho a que se le garantice su participación en las actuaciones procesales y principalmente tiene *derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral [derechos íntimamente vinculados con la*

tutela judicial efectiva], derechos base de los cuales se desprende todo un pliego de facultades para que la víctima pueda participar activamente en el proceso penal, independientemente de su calificativo como parte procesal o como interviniente especial.

1.3. Etapas del proceso penal colombiano.

1.3.1. Etapa de la indagación.

a. Actos iniciales en la indagación.

Esta etapa se encuentra regulada en el Libro II, bajo la denominación: *Técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio,* desde el artículo 200 hasta el artículo 335 del C. de PP de 2004. En el presente apartado –únicamente- voy a desarrollar lo concerniente a la finalidad de esta fase en el proceso penal colombiano, la función que despliega el Fiscal, la Policía Judicial, la defensa del imputado y la víctima e incluso de cuáles son las facultades que posee aquel que aún no tiene la calidad de imputado.

Así, tenemos que el órgano encargado y director de la indagación e investigación de los hechos con características delictivas en el proceso penal colombiano es el Fiscal General de la Nación, quien deberá realizar las coordinaciones correspondientes con la policía judicial; asimismo, deberá ejercer control jurídico y verificaciones técnico-científicas de las actividades que se le encomienda.

En ese sentido, la policía judicial[100] es el órgano encargado de brindar apoyo al Fiscal General en la investigación penal. Quien, cuando tome conocimiento de la posible comisión de un delito deberá realizar de inmediato todos los actos urgentes y recabar las evidencias necesarias, para posteriormente (dentro de 36 horas) emitir un informe ejecutivo dirigido al fiscal competente, a fin de que -éste último- asuma la dirección, coordinación y control de la investigación (art. 205).

---

[100] Ver anexo 4.

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° C-1194 de 2005, en relación a la etapa de indagación ha referido que, "la Fiscalía en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la *notitia criminis"*.

En esta etapa se realizan diversos actos de investigación (inspección del lugar del hecho, inspección de cadáver, interceptación de comunicaciones, exhumación, interrogatorio de testigos o víctimas, etc.) que van a permitir al Fiscal General realizar una posterior imputación en contra del procesado o decidir por el archivo de la causa.

Al respecto Avella (2007), señala: "La Policía Judicial al recibir la noticia criminal a través de denuncia, querella, petición especial, o de maneraoficiosa, debe realizar el reporte de iniciación en forma inmediata y por el medio más expedito, momento desde el cual el fiscal asumirá la coordinación,dirección y control jurídico del caso. Aquella desarrollará labores de indagación, adelantando actos urgentes tales como inspección al lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios de conformidad con el artículo 205 de la Ley 906 de 2004" (pp. 62-63).

En ese orden de ideas, luego de que el fiscal reciba el informe sobre las diligencias realizadas[101] por parte de la policía judicial, deberá – dentro de las veinticuatro horas- solicitar al juez de control de garantías realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado. A dicha audiencia podrán asistir, además del

[101] Como registro, allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (art. 237, primer párrafo).

fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, luego decidir sobre la validez del procedimiento. En caso de que las diligencias fueron actuadas luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar (art. 237).

El Código adjetivo colombiano, regula una peculiaridad en cuanto a las facultades que pueda tener la persona que aún no adquiere la calidad de imputado, así en el artículo 267° indica que: *"Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga"*. Así, luego de culminada su investigación particular, la información que recaben podrán utilizarlo ante las autoridades judiciales. Esta facultad que se le otorga al sujeto que aún no es investigado es independiente a los derechos atribuidos a quien tiene la calidad de *"imputado"*.

Al respecto la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia N° C-799 de 2005, ha señalado que:

> De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa, en cabeza de una persona que aun no siendo imputado se le debe reconocer el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a declarar en presencia de un abogado, entre otros. Por consiguiente, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de

> defensa en las distintas etapas del proceso. Así pues, fuerza es concluir que la activación del derecho de defensa no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se adquiera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado.

Esta fase, conforme lo señala Avella (2007): "Se trata de una fase preprocesal y reservada (…) Ahora bien, es reservada bajo el entendimiento de que en esta fase no existen pruebas y se trata en realidad de un espacio de verificación de información tendiente a establecer si los hechos materia de averiguación constituyen conducta punible y si es así, individualizar o identificar a sus probables autores o partícipes. En esta etapa la Fiscalía General de la Nación no revela el resultado de sus averiguaciones hasta tanto encuentre elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que le permita inferir la existencia de motivos razonablemente fundados, como se ha dicho, respecto de la existencia de la conducta punible y del compromiso de autoría o participación. Tampoco es exigible a la defensa que entere al ente investigador de las resultas de su actividad de averiguación, para lo cual faculta la ley a quien no tiene aún la calidad de imputado" (pp. 65-66).

Así, cuando el pre imputado adquiere la calidad propiamente dicha de imputado, durante las investigaciones también podrá realizar actos de investigación, conjuntamente con su abogado defensor (art. 268 al art. 272). Asimismo, el imputado o su defensor, podrán entrevistar a personas con la finalidad de encontrar información útil para la defensa. La entrevista podrá plasmarse por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo (art. 271). Esta particularidad colombiana, es muy similar a las *"indagaciones defensivas"* reguladas en el Código de Procedimientos Penales de 1988 italiano. Regulación que no encontramos en

el CPP de 2004 peruano, ya que todos los actos de investigación de cargo y de descargo están bajo el dominio del Representante del Ministerio Público. Si bien el investigado puede realizar actos de investigación, estos son limitados y siempre a través del fiscal a cargo del caso, no existe una regulación específica que faculte al investigado realizar actos de investigación por cuenta propia e independiente a la del fiscal, como si la hay en el C. de PP de 1988 italiano y el C. de PP de 2004 colombiano. En ese sentido la defensa del imputado no puede realizar entrevistas de manera independiente, sino que éstas serán realizadas mediante solicitud dirigida al fiscal. Todo acto de investigación que desee realizar el investigado o su defensa deberá ser canalizado a través del órgano persecutor de la acción penal.

Preciso es entonces resaltar la trascendental importancia de esta fase inicial de la investigación, pues la efectividad de la misma, en la que el fiscal y la policía judicial cuentan con las importantes herramientas de averiguación que le ofrece el Código de Procedimiento Penal, determina las posibilidades de éxito que pudiere alcanzarse, en el ejercicio de la acusación y la obtención de un fallo de culpabilidad (Avella, 2007, p. 64).

b. Plazo procesal de la indagación.

El plazo que dispone la fiscalía para realizar las indagaciones desde que toma conocimiento de la *noticia criminis* es de dos años. Dicho plazo se extenderá a los tres años cuando se presente un concurso de delitos o cuando haya una pluralidad de agentes (tres o más imputados), en caso de que se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años. Asimismo, cuando nos encontremos ante procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los anteriores términos se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación (art. 175).

Dicho plazo, tan extendido con el que cuenta el C. de PP de 2004 colombiano, fue materia de discusión por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° C-893-2012, sentencia en la que se analizó si la duración de los procedimientos en materia penal vulneraba los principios de dignidad humana e igualdad y los derechos al debido proceso, así como el acceso a la administración de justicia. Al respecto, la Corte manifestó lo siguiente:

> (…) En ese contexto, concluye la Corte que ladisposición controvertida, en la que se establece un plazo de dos, tres y cinco años a la fase de indagación preliminar, no vulnera los preceptos constitucionales alegados por el demandante, por las siguientes razones:
>
> En primer lugar, el establecimiento de límites temporales a esta fase del procedimiento penal no suprime las facultades y funciones investigativas de la Fiscalía General de la Nación, sino que, por el contrario, la impulsa a desarrollarlas diligente y eficazmente; tampoco afecta los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, porque obliga a las instancias judiciales a materializar sus derechos en términos cortos y precisos. Y aunque eventualmente el vencimiento del plazo puede dar lugar al archivo de las diligencias, tal decisión debe ser motivada a partir de los supuestos previstos en el artículo 79 del CPP, y se puede disponer la reapertura del caso cuando exista mérito para ello.
>
> En segundo lugar, los términos de dos, tres y cinco años previstos en la disposición acusada, responden a criterios de razonabilidad y se enmarcan dentro de la libertad de configuración legislativa.

Esta fase en el proceso penal colombiano, se asimila a la fase de las diligencias preliminares – que es parte de la etapa de la investigación preparatoria- en el proceso penal peruano. Al igual que las indagaciones

colombianas, la investigación que se realiza en esta fase, en el Perú, tiene carácter reservado y tiene como finalidad determinar si los hechos delictuosos se cometieron o no, asegurar los elementos materiales de su comisión e individualizar a las personas involucradas en el delito y a los agraviados. Pero si hay algo que los diferencia ampliamente, es el plazo con el que cuenta las indagaciones en el C. de PP colombiano y las diligencias preliminares peruanas, pues en el Perú a diferencia de Colombia, las diligencias preliminares tienen una duración de sesenta días (60), pudiendo el fiscal fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación (art. 334 del CPP de 2004).

c. Órganos intervinientes

Conforme se indicó anteriormente, los principales actores en esta fase son el fiscal, la policía judicial y la defensa del investigado o pre investigado, si el Ministerio Público lo considera, también puede participar y ejercer las facultades que la han sido otorgadas a fin de cumplir con su función.

Así, se tiene que:

- Los *funcionarios de la policía judicial* actúan como receptores de noticia criminal y tienen a su cargo la búsqueda, fijación, recolección y embalaje de los elementos materiales probatorios y evidencia física que por cualquier medio encuentren o reciban. Realizan actos urgentes, como inspección al lugar del hecho, inspección al cadáver, entrevistas e interrogatorios y cumplen las órdenes impartidas por el fiscal asignado al caso, en desarrollo del programa metodológico de investigación (Avella, 2007, p. 66).

- *El fiscal,* es el director de la indagación, es quien actúa conjuntamente con la policía judicial, impartirá las órdenes para la realización de determinados actos de investigación que permitirán esclarecer los hechos, individualizar e identificar al presunto autor, así como recabar los elementos de convicción que permitan sustentar una imputación en contra del investigado o pre investigado. Asimismo, se encarga de requerir al órgano jurisdiccional

– *juez de garantías*- la realización de determinadas audiencias en el marco de la indagación.

- *El Juez de control de garantías, "*tiene como función esencial controlar que los actos de investigación desarrollados por la policía judicial, en cumplimiento de las órdenes emitidas por el fiscal director de la misma, que impliquen limitaciones a los derechos fundamentales se ajusten a la Constitución y a la ley (…) En cumplimiento de esa misión autoriza cualquier medida que implique afectación de derechos fundamentales, ejerce control automático, posterior, formal y material en relación con la aplicación del principio de oportunidad; igualmente, sobre las órdenes y medidas de registro, allanamiento e interceptación de llamadas; respecto de las medidas restrictivas de la libertad; y, decreta medidas cautelares sobre bienes, entre otras. (Avellana, 2007, p. 70)". Asimismo, es ante dicho órgano jurisdiccional ante quien el fiscal presentará la imputación contra el indagado, lo cual se llevará a cabo en la audiencia preliminar.

- *La defensa, "*estará a cargo del abogado principal que libremente designe el indagado, o en su defecto, el que le ha sido asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública" (Avella, 2007, p. 72). Conforme se indicó anteriormente, el abogado cumple un rol fundamental para la defensa del investigado o pre investigado, toda vez que el Código adjetivo le faculta a realizar determinados actos de investigación que permitan determinar la inocencia de su patrocinado, es evidente que el investigado por la inexperiencia no podrá ejecutar acciones de investigación que sí lo podrá hacer con mayor experticia su defensa.

  De otro lado, la presencia de la defensa en la audiencia preliminar, donde el fiscal sustentará la imputación en contra del indagado o pre indagado, cumple un rol importante ya que en dicha audiencia podrá oponerse a las pretensiones que realice el órgano persecutor de la acción penal ante el juez de control de garantías y si en caso las decisiones adoptadas por este órgano jurisdiccional afectasen a su patrocinado podrán interponer los recursos impugnatorios que la ley le provee.

- *Las víctimas,* conforme lo he desarrollado anteriormente la víctima puede participar desde los actos de indagación ejercidas por el Ministerio Público. Así, al respecto Avella (2007), señala:

> Bajo el claro presupuesto señalado por la Corte Constitucional que la víctima cumple un rol protagónico en el proceso penal acusatorio, independientemente de si se le llama parte o interviniente, y en desarrollo de los preceptos constitucionales que garantizan el principio de tutela judicial efectiva (artículos 29, 93 y 229) a través del derecho a la defensa y el acceso a la administración de justicia, los intereses de la víctima han sido elevados a rango constitucional, pudiendo dentro de ese acceso a la administración de justicia a tener derecho a que se le repare integralmente los daños ocasionados con la conducta punible, a que se le proteja y asista de las consecuencias de dicha conducta (artículo 250-6-7 de la Constitución), a conocer la verdad y a que se materialice justicia, por lo que su intervención en todo el proceso penal debe ser plenamente garantizada. Por ello, haciéndolo "de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal", y que la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio, el fiscal del caso, con la claridad de ser el titular de la acción penal, debe promover esos derechos y garantizarlos de manera directa o solicitando al juez lo necesario para ello (pp. 73-74).

En ese sentido, el artículo 137° del C. de PP de 2004 señala: *"Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación,*

tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal (…)"[102].

La Fiscalía, incluso la policía judicial, tienen el deber de proporcionar información a la víctima sobre sus derechos, desde el primer momento en que ésta entre en contacto, procurándole un acceso pleno al expediente desde el comienzo de las indagaciones, pues sólo así se garantiza el acceso a la justicia, la igualdad ante los tribunales, la defensa en el proceso, la efectividad de los derechos y el carácter bilateral del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, que se mantiene en el nuevo modelo de procedimiento penal. En ese sentido, se condicionó la exequibilidad del artículo 135 de la Ley 906 de 2004 (Avella, 2007, p. 74). Así lo ha referido la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° C-454 de 2006.

d. Decisión de la indagación

Luego de vencido el plazo el fiscal deberá decidir si archiva la investigación o si formula imputación en contra del investigado o posible investigado. Así, la etapa de la indagación tiene como principal finalidad determinar si los hechos denunciados revisten las características de un delito, identificar e individualizar al presunto autor o partícipe de los hechos investigados.

En esa línea de ideas, Pedraza (2011), afirma: "(…) En sí, puede decirse que las finalidades de la etapa de indagación en el proceso penal colombiano están dirigidas a demostrar la real existencia de un hecho con relevancia jurídica, y la adecuación de ese hecho en una norma penal descriptiva de un delito. Para habilitar el eventual ejercicio de la acción penal, debe establecerse igualmente que esa acción penal es procesalmente viable. Y, además, resulta imprescindible identificar al autor o partícipe de ese hecho que tiene connotaciones penales, para de esa forma determinar que la acción penal habrá de ejercitarse sobre una persona plenamente identificada e individualizada, o sea sobre esta y no sobre otra persona. Esos son los fines característicos de la etapa de indagación, entendiendo que se asumen como

[102] Ver anexo 5.

tales para poder determinar si se avanza hacia la siguiente etapa del proceso penal acusatorio, es decir, hacia la etapa de investigación, o en sentido contrario, archivando el diligenciamiento en cuanto no se encontró mérito para formalizar la investigación" (s/d).

Al respecto, en la Sentencia C-1154-05 el máximo Tribunal Constitucional colombiano -haciendo referencia a los derechos de las víctimas ante un posible archivo definitivo de la investigación- ha señalado que:

> Como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías. De acuerdo a las anteriores consideraciones, para que dicho artículo sea ajustado a la Constitución se debe condicionar el sentido de la expresión "motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización

> como delito" en el entendido de que dicha caracterización corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones. Por lo tanto, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 condicionándolo en dichos términos.

De otro lado, Avella (2007) afirma que, "actuando bajo parámetros de justicia, con ecuanimidad, y objetividad, asistido por el equipo de policía judicial, el fiscal deberá adelantar un trabajo profesional eficiente, que le permita considerar la posibilidad de formular imputación, lo que hará cuando cuente con la base de persuasión requerida al efecto, pero además, prevenido de que en el indisponible término establecido por la ley, deberá formular acusación y luego presentarse en juicio oral para concretar sus aspiraciones procesales. Luego desde el primer momento, debe tener en cuenta la necesidad de encontrar elementos materiales probatorios, evidencia física o información legal que le permitan persuadir al juez de conocimiento más allá de duda razonable, respecto de la existencia de la conducta delictiva y de la responsabilidad del procesado" (p. 64).

Así, estando en el supuesto de que el fiscal colombiano decida formalizar la indagación, esto es formular la imputación pasaremos a la siguiente etapa.

1.3.2. Etapa de la investigación.

a. La imputación. -

"Es la primera fase procesal por antonomasia, esto si se acepta que la de indagación es preprocesal, y se caracteriza porque en ella, el fiscal delegado, con el apoyo de la policía judicial, busca fortalecer los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que sirvieron de fundamento a la formulación de imputación, con el objeto de acusar a los presuntos autores o partícipes de la conducta investigada, solicitar la preclusión, o dar aplicación al principio de oportunidad" (Avella, 2007, p. 76).

Tal evento es lo que nosotros conocemos con el nombre de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, tal situación se da cuando aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, la acción penal no ha prescrito, se ha individualizado al imputado – y si fuera el caso- se han satisfecho los requisitos de procedibilidad (art. 336 del CPP de 2004 peruano).

Así, el C. de PP colombiano, en su artículo 286° define a la formulación de la imputación, de la siguiente manera: *"Es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías".* Es decir, recién en la audiencia de imputación ante el juez de garantías, el investigado o pre-investigado adquiere la calidad de *"imputado"* y esto se da cuando el fiscal realiza una vinculación fáctica de la acción delictiva con el indagado, la misma que es amparada por diversos elementos probatorios de los cuales se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. Si en caso el juez de control de garantías declara fundado el pedido del fiscal, éste último podrá solicitar ante el mismo órgano jurisdiccional la imposición de una medida de aseguramiento (art. 287).

En dicha audiencia, el fiscal deberá informar al imputado que cuenta con la posibilidad de aceptar la imputación (tema que será desarrollado más ampliamente en un sub capítulo aparte) formulada en su contra y por lo cual obtendrá una rebaja de la pena (art. 288.3 y art. 293). Asimismo, podrá incoar los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad de conformidad con lo regulado en el art. 348° y ss.

La audiencia de formulación de imputación, será instalada con la presencia obligatoria del fiscal e imputado o su defensor (art. 289), si en caso la imputación se realizare en presencia únicamente de la defensa del imputado, debido a la imposibilidad de su traslado, éste último aún podrá allanarse a la imputación hasta cuando el fiscal lo presente físicamente ante el juez.

b. La acusación. –

Una vez formulada la imputación -en la audiencia antes señalada- la fiscalía cuenta con un plazo de 90 días para formular la acusación o solicitar la preclusión -ante el juez de conocimiento-, salvo cuando se presente concurso de delitos, pluralidad de imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados, en estos casos el plazo será de 120 días. De no formular acusación o la preclusión del proceso, dentro del plazo establecido, dicho fiscal perderá competencia para continuar con dicho caso a su cargo, en dicho supuesto el Superior Jerárquico designará a un nuevo fiscal a fin de que adopte la decisión que corresponda, en un plazo no mayor de sesenta días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso.

Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento. Habiéndose presentado la acusación por el fiscal, el juez de conocimiento deberá señalar fecha y hora para la realización de la *audiencia preparatoria*, el cual no deberá exceder los 45 días. Culminada la audiencia preparatoria, el juicio oral deberá iniciarse dentro de los 45 días luego de culminada la referida audiencia (art. 175 y art. 294).

“Para formular acusación se precisa que, desde el punto de vista sustancial, los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legal obtenidos, permitan inferencia en grado de probabilidad de verdad, acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad de sus autores o partícipes” (Avella, 2007, p. 76). Así, conforme se aprecia del desarrollo de esta fase, la misma comienza con la formulación de la imputación y se extiende hasta la presentación de la acusación fiscal o la preclusión.

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-209/2007 se ha pronunciado respecto de cuáles son los derechos de la víctima en la audiencia de formulación de acusación, así ha afirmado que:

> Si bien es cierto que la Constitución radicó la facultad de acusación en la Fiscalía, no se ve una razón objetiva y

suficiente que justifique la exclusión completa de la víctima en la fijación de su posición frente a la acusación, puesto que la intervención de la víctima no supone una modificación de las características estructurales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni una transformación de la calidad de interviniente especialmente protegido que tiene la víctima. La fijación de su posición no afecta la autonomía del Fiscal para acusar, ni mucho menos lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Esta exclusión de las víctimas genera una desigualdad injustificada frente a los demás actores del proceso que desprotege sus derechos. Por ello, tanto la limitación que hace el artículo 337, de restringir la finalidad de la entrega del escrito de acusación "con fines únicos de información", como la omisión de incluir a la víctima (o a su apoderado) en la audiencia de formulación de acusación para que haga observaciones, solicite su aclaración o corrección o para que se manifieste sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima. Por lo expuesto, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión "con fines únicos de información" contenida en el inciso final del artículo 337 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, declarará la exequibilidad del artículo 339 en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para elevar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

c. La preclusión. –

La fiscalía si en caso considerase que no existiere mérito para acusar, desde formulada la imputación contra el indagado -en cualquier momento- podrá requerir al juez la preclusión del caso, siempre y cuando se presente las causales estipuladas en el artículo 332 del C. de PP de 2004 colombiano, el mismo que hace referencia a los supuestos cuando: a) no exista la posibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, b) ante la existencia de una causal que elimine la responsabilidad, c) el hecho no sucedió, d) se presenta la atipicidad del hecho investigado, etc. (Ver anexo 6)

En atención a la solicitud del fiscal, el juez deberá citar a audiencia dentro de los cinco días siguientes, audiencia en la que se debatirá el requerimiento fiscal. Dicha audiencia se inicia con la sustentación del fiscal, acto seguido se otorga el uso de la palabra a la víctima y luego al defensor del imputado. Luego del debate el juez decidirá entre declarar fundada la preclusión, con lo que se culmina el caso, adquiriendo la calidad de cosa juzgada; o de lo contrario rechazará la solicitud de preclusión, ante este último supuesto, las diligencias volverán a la fiscalía a fin de que continúe con la investigación. Asimismo, se indica que el juez que conoce la preclusión estará impedido de conocer el juicio (art. 333, art. 334 y art. 335).

Al respecto, en la Sentencia C-2009 de 2007, observó la Corte, que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada; no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que, al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías. En consecuencia, el Tribunal, declaró exequible el artículo 333 en el entendido que las víctimas

pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal (Márquez, 2009, p. 29-30).

En suma, se puede apreciar la etapa de la investigación en el proceso penal colombiano, cuenta con dos sub fases que son: *i) la imputación* y *ii) la acusación.* Realizando un símil con las etapas del proceso penal peruano, podemos afirmar que la primera se identifica con la etapa de la Investigación Preparatoria propiamente dicha y la segunda con la etapa intermedia [fase donde se debatirá el requerimiento acusatorio – así como la procedencia o no de los medios probatorios a actuarse en el juicio oral- o de sobreseimiento presentado por el fiscal], que, en el Perú, es una fase totalmente distinta a la etapa de Investigación Preparatoria. Y como se verá en el siguiente punto, en Colombia, la discusión sobre la acusación presentada por el fiscal se lleva a cabo en la etapa de juzgamiento, en una audiencia previa a la del juicio oral.

1.3.3. Etapa de juzgamiento

"Esta etapa, es la última fase del procedimiento penal, el cual está compuesto por las siguientes audiencias: *i) audiencia de presentación de acusación, ii) audiencia preparatoria, iii) juicio oral; y, iv) sentencia.* Eventualmente se tramita el incidente de reparación integral, que tiene lugar luego de emitido el fallo de culpabilidad, y cuya decisión debe incorporarse a la sentencia" (Avellana, 2007, p. 87). Estas actuaciones se llevan a cabo ante el juez de conocimiento.

En el juicio se explicitan de especial manera las características esenciales del sistema procesal penal, con marcada tendencia acusatoria y adversarial, manifestadas en el reconocimiento de igualdad de armas a las partes. Comienza con la concreción de la función de acusación que constitucionalmente se asigna a la Fiscalía General de la Nación, momento en el cual además se posibilita el reconocimiento y la intervención de las víctimas, enmarcado en la satisfacción de sus aspiraciones a la verdad, la justicia y la reparación. Le sigue un ciclo de transición, destinada a preparar, delimitar y planear el juicio oral, con descubrimiento, enunciado, solicitud y autorización de práctica de pruebas, las que se concretan en el juicio oral el

que, cumpliendo los presupuestos de publicidad, confrontación, contradicción, inmediación y concentración concluye con la definición de la controversia por el fallo de un tercero imparcial representado en el juez de conocimiento, con pleno respeto de las garantías de defensa material y técnica (Avella, 2007, p. 88).

a. Audiencia de presentación de la acusación.

La etapa de juzgamiento inicia con la presentación del escrito de acusación por parte del fiscal ante el juez competente, éste último deberá señalar dentro de los tres días siguientes la fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación (art. 338). Para la celebración de la audiencia es imprescindible la presencia del fiscal, el abogado defensor y del acusado privado de la libertad, salvo que se abstenga de presenciar la audiencia. Asimismo, en dicha audiencia, se determinará la calidad de víctima de conformidad con el artículo 132 y siguientes, la misma que – a partir de esta audiencia- deberá ser representada por un abogado defensor.

Instalada la audiencia, el juez ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes. En la referida audiencia se discutirá las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si en caso las hubiera; así como las observaciones sobre requerimiento acusatorio, el fiscal en dicho acto deberá aclarar, adicionar o corregir. Culminado dicho debate, el fiscal pasará a formular la acusación correspondiente.

Luego de la sustentación de la acusación por parte del fiscal, el juez adoptará las siguientes decisiones: 1) Incorporará las correcciones a la acusación leída, 2.) Aprobará o desaprobará los acuerdos a que hayan llegado las partes, 3) Suspenderá condicionalmente el procedimiento, cuando corresponda. Concluida la audiencia de formulación de acusación, el juez fijará fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a 15 días ni superior a los 30 días (art. 343).

b. Audiencia preparatoria.

Esta fase inicia una vez culminada la discusión respecto de la acusación fiscal. Para la validez de su instalación es indispensable la presencia del juez, el fiscal y el defensor. Sin embargo, también podrán estar presentes el acusado y el representante de la víctima (art. 355).

La finalidad de esta audiencia es el descubrimiento de los elementos probatorios de las partes y del "*interviniente especial"* – valga decir, del fiscal, de la defensa y de la víctima - a fin de que éstas realicen las observaciones que consideren a dichos medios probatorios, es la etapa para cuestionar su legalidad. Esta es la oportunidad tanto para la fiscalía como para la defensa de indicar qué pruebas harán valer en la audiencia de juicio oral.

Es importante resaltar lo que indica Sánchez (2005): "Un asunto es el descubrimiento de las pruebas y otro la manifestación que hagan las partes sobre cuáles son las que ofrecen o pretenden hacer valer en la audiencia de juicio oral. No existe ninguna obligación legal para que todas las pruebas que se descubran deban llevarse al juicio oral, existe discrecionalidad de las partes para su selección, pero, las que se ofrezcan o pretendan hacer valer si deben haber sido descubiertas en su momento oportuno. Así, por ejemplo, la Fiscalía ha descubierto en el escrito de formulación de acusación cuatro pruebas de carácter testimonial, pero resulta perfectamente viable que tan solo una de estas es la que ofrezca o pretenda hacer valer en la audiencia de juicio oral. La única prueba que puede ofrecer la defensa en cualquier momento del juicio oral es la declaración del procesado como testigo" (p. 256).

Asimismo, en dicha audiencia el fiscal y la defensa podrán manifestar su intención de arribar a *estipulaciones probatorias* (son acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias) (art. 356). Al respecto, Sánchez (2005) manifiesta: "Las estipulaciones son acuerdos a los que llegan la Fiscalía y la defensa mediante los cuales se aceptan como probado(s) hecho(s) y circunstancias, que serán excluidos de toda controversia en el juicio oral. Es en la audiencia preparatoria al juicio en donde se llevan a cabo las estipulaciones ya que es el momento procesal en donde se lleva a cabo la

planeación de la audiencia del juicio oral. Las estipulaciones no pueden constituir para la defensa la renuncia de derechos fundamentales. Si las partes manifiestan su interés en cristalizar estipulaciones el juez decretará unreceso hasta por una hora para que las partes se manifiesten sobre el acuerdo" (p. 257).

De otro lado el acusado tendrá la oportunidad de manifestar su voluntad de aceptar o no los cargos imputados por el fiscal. Si en caso aceptare la acusación se procederá a dictar la sentencia reduciendo la pena hasta una tercera parte, en caso no acepte la responsabilidad se continuará con el procedimiento (art. 356.5).

Asimismo, a solicitud de las partes y de la víctima, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados (art. 358). Las partes, el Ministerio Público y la víctima podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en el Código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba (art. 359).

En ese sentido, Sánchez (2005) indica: "Para que el juez decrete la práctica de los medios de prueba invocados por las partes deberá analizar si éstas guardan relación con los hechos jurídicamente relevantes y aducidos en el escrito de acusación, lo que deben ser lícitos, pues de lo contrario pueden ser excluidos, rechazados o inadmitidos" (p. 258).

De otro lado, se tiene que por mandato legal el juez tiene prohibido decretar prueba de oficio, así se encuentra regulado de manera clara en el artículo 361° del C. de PP de 2004, "(…) proscripción que es acorde con uno de los pilares fundamentales del sistema acusatorio como lo es el enfrentamiento entre partes" (Sánchez, 2005, p. 259).

La decisión que sobre el decreto de pruebas tome el juez, es susceptible de recurso de apelación y la audiencia preparatoria se deberá suspender hasta

tanto la segunda instancia no decida sobre lo apelado; también se puede suspender por motivos de fuerza mayor o caso fortuito que necesaria y directamente incidan en la continuación de la audiencia. Una vez superado estos dos factores el juez señalará fecha y hora para su reanudación y fijará la fecha para la iniciación del juicio oral que deberá realizarse dentro de los treinta días siguientes (Sánchez, 2005, p. 261).

c. Juicio oral.

Una vez que ha culminado el trámite anterior – *audiencia preparatoria*- se dará inicio al juicio oral, para lo cual es necesario la presencia del fiscal, del acusado y su defensa, con la presencia de dichas partes se dará por instalado el juicio oral. Luego de la instalación el juez informará al acusado que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable.

La declaración del acusado podrá ser mixta, es decir, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros. En caso se declare culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. Si el acusado no hiciere manifestación alguna, se entenderá que es inocente y se procederá a la presentación del caso por parte del fiscal (art. 367 del C. de PP de 2004), y si la defensa lo considera también podrá realizar lo propio. Conforme se aprecia de lo regulado en el artículo 371° del C. de PP colombiano, la defensa no está obligada a plantear una teoría del caso, tal obligatoriedad únicamente está dirigida al fiscal.

Luego de la presentación de la teoría del caso, se pasará a la actuación probatoria en el orden estipulado en la audiencia preparatoria. Esta sub-etapa dentro del juicio oral tiene como finalidad llevar al conocimiento del juez -más allá de toda duda- que el hecho delictivo, materia de discusión, sí se realizó y que éste accionar delictivo fue cometido por el acusado. La prueba siempre

deberá actuarse bajo los principios de publicidad, contradicción e inmediación, principios rectores del juicio oral.

Culminada la actuación probatoria, en caso se verifique que los hechos materia de enjuiciamiento son atípicos, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución del acusado, ante dicha solicitud el juez resolverá sin escuchar los alegatos de las partes e intervinientes (art. 442 del C. de PP). Si en caso no hubiera dicho requerimiento por ninguna de las partes se dará inicio a los alegatos finales, primero iniciará el fiscal, luego el representante legal de la víctima, proseguirá el Ministerio Público y finalmente la defensa del acusado. Ante los alegatos de la defensa, el fiscal tendrá derecho a cuestionar dichos argumentos, si en caso ello sucediera, se le concederá a la defensa el derecho a réplica (art. 444 del C. de PP). Habiendo terminado con los alegatos finales el juez podrá realizar un receso de hasta dos horas para anunciar el fallo final (art. 445 del C. de PP).

En caso el fallo fuera condenatorio, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, a fin de que el juez valore dichas circunstancias para la imposición de la pena. Luego de ello, el juez cuenta con un plazo de 15 días – contados a partir de la culminación del juicio oral- para fijar lugar, fecha y hora de la audiencia para emitir sentencia (art. 447 del C. de PP).

En esta fase es importante resaltar lo sostenido por Márquez (2009), en cuanto a la participación de la víctima en el juicio oral:

> Según el artículo 371, en la etapa de juicio oral, el fiscal presentará la teoría del caso, y lo mismo hará la defensa, pero dicho artículo no prevé que la víctima tenga participación alguna en este momento del juicio oral. No obstante, tal como se señaló al rechazar la posibilidad de que la víctima interviniera directamente en la audiencia del juicio oral para controvertir pruebas o interrogar a los testigos, aquí también está justificada la limitación de sus derechos. Dado el carácter adversarial

> de esta etapa del juicio penal y la necesidad de proteger la igualdad de armas, no puede la víctima participar de manera autónoma y al margen de la actuación del fiscal.
>
> Advierte la Corte que el artículo 443 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que el abogado de las víctimas intervenga para hacer alegatos finales al concluir el juicio. Esta participación del abogado de la víctima no introduce un desbalance en el juicio ni le resta su dinámica adversarial puesto que ella se presenta al final de esta etapa, con miras precisamente a que la voz de las víctimas se escuche antes de concluir esta etapa del proceso (p. 32).

Como se puede apreciar, en la etapa del juicio oral, propiamente dicha, los derechos de la víctima se ven ciertamente restringidos – conforme lo asevera la Corte Constitucional- ello se debe al carácter adversarial de esta fase (afirmación que no compartimos, pero no entraremos al tal discusión por no ser tema de la presente tesis) pero hemos de recalcar que la defensa de la víctima sí puede estar presente durante todo el desarrollo del juicio oral y brindar sus alegatos finales al culminar el juicio oral, e incluso puede apelar la sentencia absolutoria ello en base al derecho a la verdad y a la justicia que le asiste. De otro lado su participación es plena en la audiencia de reparación integral conforme lo vamos apreciar en el siguiente apartado.

d. Audiencia de reparación integral.

Emitido el fallo de culpabilidad puede tener lugar el incidente de reparación integral, el que tiene por objeto la reparación de los daños causados a la víctima con la conducta criminal. Se enmarca en los derechos esenciales de la misma a obtener justicia, verdad y reparación, por lo cual tiene arraigo constitucional y su desarrollo legal está en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004 (Avella, 2007, p.148).

Así, el artículo 102 del C. de PP de 2004 colombiano, señala que para que proceda la solicitud de reparación integral, ya sea por parte de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, es requisito necesario la existencia de una

sentencia condenatoria, ante dicho requerimiento el juez que emitió la condena, deberá convocar dentro de los ocho días siguientes, a una audiencia pública, donde se debatirá el incidente de reparación integral de los daños ocasionados como consecuencia de la conducta criminal.
En la referida audiencia, el juez podrá instar a la conciliación a la víctima y al condenado, hasta en tres oportunidades, si en caso prosperara dicha conciliación se dará término al incidente; sino se continuará con la actuación de los medios probatorios de ambas partes, para luego decidir sobre la pretensión a través de una sentencia (art. 103 y ss. Del C. de PP de 2004).

Así, habiendo revisado las fases del proceso penal colombiano, cómo se encuentra estructurado, los derechos de los intervinientes y especialmente los de la víctima, teniendo claro ello, en el siguiente apartado voy a desarrollar lo concerniente a la justicia penal negociada en Colombia, en atención a que considero que dicha institución es la fuente inmediata de nuestra terminación anticipada peruana. Asimismo, verificaré cuáles han sido los avances legislativos y jurisprudenciales que ha tenido dicha figura procesal en Colombia y si éstos se han visto reflejados en nuestra terminación anticipada.

2. La justicia penal negociada en Colombia: Análisis de la terminación anticipada y los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad.

Conforme lo afirma Bazzani (2009): “Desde hace más de dos décadas, la legislación procesal penal colombiana ha incorporado mecanismos de abreviación del proceso, dirigidos a descongestionar la administración de justicia penal, dentro de los cuales, sin lugar a dudas, el aporte estadístico más importante lo constituye la aceptación de cargos con la consecuente terminación del proceso mediante el proferimiento de una sentencia anticipada. Es así como, tanto en Colombia como en aquellos modelos procesales en los que se utilizan tales instrumentos, el porcentaje de investigaciones que terminan con una condena anticipada, obviando la etapa del juicio, llega a un 90% de casos aproximadamente” (p. 149).

Así, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-356/07, los mecanismos de terminación anticipada del proceso no han sido extraños al régimen jurídico colombiano. Aún antes de que se creara la Fiscalía General de la Nación, organismo que nació vinculado a la aspiración de instituir un régimen de investigación y acusación de tendencia acusatoria, se encuentran estatutos que contemplan procedimientos abreviados para aquellos eventos en que se produjera la confesión simple del procesado o la flagrancia, sin exigencia de consenso alguno. (Decreto 050 de 1987, Arts. 474 a 485).

A partir de la creación de la Fiscalía General de la Nación, portadora de un incipiente concepto de partes en el proceso, se introducen mecanismos de política criminal que trascienden la simple institución de los procedimientos abreviados por confesión simple o flagrancia. El Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993, estableció mecanismos de allanamiento y consensuados, orientados a la terminación anticipada del proceso.

Recordemos que conforme se señaló en capítulos anteriores, "*la sentencia anticipada*" colombiana tuvo influencia directa del "*patteggiamento"* italiano, el mismo que había sido construido bajo los parámetros del *plea bargaining* estadounidense. Pero conforme veremos más adelante lo que inicialmente se conoció como *"sentencia anticipada del proceso"*, actualmente lleva el nombre de *"allanamiento a los cargos o aceptación unilateral"* y la figura que más se asemeja al *plea bargaining* norteamericano vendría a ser *"los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad"*.

En esa línea de ideas, en el presente apartado voy a desarrollar el avance legislativo de las instituciones destinadas a concluir anticipadamente el proceso penal colombiano, ya sea por allanamiento a los cargos imputados por el fiscal o mediante una negociación entre las partes, hasta llegar a su regulación actual.

Tal desarrollo me permitirá identificar y mostrarles cuál es el antecedente legislativo de la terminación anticipada peruana, si la "*sentencia anticipada"* colombiana (la misma que cambió de nombre con la modificatoria introducida por el Decreto 2700 de 1991 a *"terminación anticipada"* y actualmente

conocida como *"allanamiento a los cargos"*), "*la audiencia especial"* o "*los pre acuerdos o negociaciones de culpabilidad".* En ese proseguir conoceremos cuál ha sido el avance legislativo y jurisprudencial de la fuente original de nuestra terminación anticipada– especialmente en cuanto a la participación de la víctima-; a fin de realizar un análisis comparativo con la terminación anticipada peruana.

Es importante resaltar desde ya, que la intervención de la Corte Constitucional colombiana ha tenido un papel fundamental a fin de consagrar grandes avances y mejorar su redacción inicial de la institución en análisis, especialmente en cuanto a la participación de la víctima.

2.1. Desarrollo legislativo. -

2.1.1. Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991: "Sentencia anticipada".

Mediante el Decreto N° 2651 del 25 de noviembre de 1991, ingresó por primera vez al ordenamiento jurídico colombiano la figura procesal en estudio, bajo la denominación de *"Sentencia Anticipada"*, siendo regulado en el artículo 57° que a la letra señalaba:

> "Las partes de común acuerdo podrán solicitar al juez, sin perjuicio de la facultad oficiosa de éste para decretar pruebas, que falle el proceso en el estado en que se encuentre.
> El juez emitirá la sentencia lo más pronto posible con prevalencia del derecho sustancial.
> El juez podrá rechazar la petición si advierte colusión o fraude o si los apoderados no se encuentran expresamente facultados para formular dicha solicitud".

Conforme se encontraba redactado el artículo en mención, se puede advertir que sus características más resaltantes eran las siguientes:

- Podían solicitarlo cualquiera de las partes constituidas como tal (el fiscal, el imputado, la defensa del imputado o incluso hasta la parte civil).
- La oportunidad procesal de requerir la emisión de una *"sentencia anticipada"* era en cualquier estado del proceso, no existiendo una fase específica para su aplicación.
- El Juez podía rechazar o aceptar la propuesta planteada por las partes de fallar en el estado en el que se encontraba el proceso. En caso decidiera rechazar el pedido, únicamente podría hacerlo siempre y cuando advierta colusión o fraude, o en el supuesto de que los apoderados no se encontraran expresamente facultados para formular dicha petición.
- Por la emisión de una sentencia anticipada, no se le otorgaba beneficio alguno al imputado.

En ese sentido, Salinas (2011) afirma que, (…) la culminación del proceso a través de la figura procesal denominada *"Sentencia Anticipada"*, fue una medida introducida por el legislador colombiano con la finalidad de descongestionar los despachos judiciales, aunque en una forma incipiente, pero buscaba dicho fin.

En efecto, coincido con lo sostenido por dicho autor, pues este primer intento del legislador colombiano de activar los procesos penales a fin de descongestionar la administración de justicia era bastante incipiente, genérica y muy poco atractiva a los ojos de los procesados. Pues si lo que se pretendía con ello era descongestionar la administración de justicia, difícilmente lo conseguirían si no se le otorgaba algún beneficio al imputado.

Dicho dispositivo normativo no contaba con mayores detalles que hubieran permitido alcanzar el fin propuesto por el legislador colombiano: *"una administración de justicia más célere y eficaz".* Es por ello que con justa razón dicha norma no tuvo más que unos días de vigencia, pues inmediatamente fue sustituida por una con mejor redacción: la *"terminación anticipada del proceso"*.

2.1.2. *Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 – Código de Procedimiento Penal: "Terminación anticipada"*[103].

Siempre con la mira y en busca de aquella administración de justicia a lo norteamericana, el 30 de noviembre de 1991 -mediante el artículo 37° del Código de Procedimientos Penales- el legislador colombiano sustituyó la *"sentencia anticipada"* por la *"terminación anticipada del proceso"*, la misma que contaba con la siguiente redacción:

> **Artículo 37°. -** ***Terminación anticipada del proceso.***
>
> *A iniciativa del fiscal o del sindicado*, el juez podrá disponer en cualquier momento, *desde que se haya proferido resolución de apertura de la investigación y antes de que se fije fecha para audiencia pública, pero por una sola vez*, la celebración de una audiencia especial en la que deberá intervenir el Ministerio Público. En ésta, el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. *Si el fiscal y el sindicado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible* así lo declarará ante el juez, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia.
>
> El juez deberá explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad. El sindicado puede condicionar el acuerdo a que se le otorgue la condena de ejecución condicional, cuando ello sea procedente de acuerdo con las disposiciones del Código Penal. El juez dispondrá en desarrollo de la audiencia inmediatamente sobre la libertad del sindicado y tendrá cinco días hábiles para dictar sentencia.
>
> Si el juez considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y *obra prueba suficiente*,

[103] Véase: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/codigo_procedimiento_penal_1991.htm

> *dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios. El acuerdo entre el sindicado y el fiscal es inoponible a la parte civil. La sentencia aprobatoria del acuerdo sólo podrá ser recurrida por el ministerio público*. El auto que lo niega es apelable en el efecto diferido por el sindicado, el fiscal o el ministerio público.
>
> El sindicado que se acoja a la terminación anticipada del proceso, durante la etapa de la investigación, recibirá un ***beneficio de rebaja de pena de una sexta parte***. *Este beneficio es adicional y se acumulará al que se reciba por confesión.*
>
> Cuando no se llegue a un acuerdo, o éste no sea aprobado por el juez, el fiscal que dirigía la investigación y el juez que participó en la audiencia deberán ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia. *En este caso, cualquier declaración hecha por el sindicado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra*[104]*.*

De la lectura integral del artículo en referencia, se puede constatar que su redacción es muy similar (por no decir igual) a nuestro actual artículo 468° del CPP de 2004, cuya denominación también es *"terminación anticipada"*. Para un mejor análisis veamos las características más importantes que se desprenden de dicho artículo:

- **Sujetos facultados.** Los únicos facultados para incoar la terminación anticipada del proceso son el fiscal o el sindicado.
- **Oportunidad.** Desde la apertura de la investigación hasta antes de la audiencia pública.
- **Aceptación de cargos.** El sindicado puede aceptar, todo o en parte o rechazar los cargos imputados por el fiscal
- **Objeto de acuerdo.** La calificación jurídica y la pena

[104] Esta institución, sin antecedentes en la legislación de esta parte del continente, a decir de Edgar Saavedra Rojas, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, "desubica intelectual y psicológicamente", ya que es una norma más adecuada al pragmatismo anglosajón, que al idealismo latinoamericano (Peña, 1997, p. 73).

- **Beneficios.** El beneficio que obtiene el sindicado por aceptar los cargos imputados es la reducción de un sexto (1/6) de la pena, dicho beneficio es adicional al que pueda obtener por confesión sincera.
- **Audiencia.** Se trata de una audiencia especial, que se realiza por una sola vez, en la que participan el procesado y el representante del Ministerio Público. Los pasos que seguía la audiencia eran:
  i. Presentación de cargos, por parte del fiscal.
  ii. Aceptación/rechazo (todo o en parte) de los cargos formulados que debe hacer el procesado.
  iii. Acuerdo (circunstancias del hecho punible y la pena a imponerse), entre el fiscal y el encausado.
  iv. Explicación de los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las restricciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad. Actividad propia del juez.
  v. Emisión de sentencia luego de 05 días de realizada la audiencia (Salinas, 2011, p. 115).
- **Facultad impugnativa.** El único que puede apelar la sentencia aprobatoria es el Ministerio Público. Sin embargo, el auto desaprobatorio del acuerdo es impugnable por el fiscal, el imputado y el Ministerio Público.
- **Reparación civil.** El juez al momento de resolver impone una indemnización por los daños ocasionados a favor de la parte agraviada. Asimismo, se indica que el acuerdo arribado entre el fiscal y el sindicado no es oponible a la parte civil. Agrega, Salinas (2011): “La parte civil, eventualmente, tenía legitimidad para solicitar el incremento del monto impuesto por el órgano jurisdiccional, ante la instancia superior”.
- **Inexistencia de la declaración de culpabilidad. -** Si en caso las partes no arribaran a un acuerdo, tal declaración de culpabilidad hecha por el sindicado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

Es importante también resaltar que un requisito esencial para que el sindicado o el fiscal soliciten terminar anticipadamente el proceso y consecuentemente la emisión de una sentencia anticipada es que debe existir *“medios probatorios suficientes”* que ampare la declaración de culpabilidad del procesado.

En esa línea de ideas, se puede constatar que las diversas características –antes señaladas- se asemejan en gran magnitud a las particularidades que posee nuestra actual terminación anticipada. Consideramos, que ello se debe -conforme lo afirman algunos autores peruanos, postura a la cual nos sumamos- a que el artículo 37° del C. de PP de 1991 colombiano, fue la fuente directa que inspiró a nuestro legislador peruano para la introducción de dicha institución procesal en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, al respecto, el profesor Peña (1997), señala: "El Código de Procedimiento Penal colombiano de 1991 – Decreto 2700- en el artículo 37 inserta en su sistema jurídico procesal "la terminación anticipada del proceso", figura que fue acogida en nuestro ordenamiento legal, reproduciendo casi literalmente su texto" (pp. 72-73). Esta similitud entre la regulación colombiana y laperuana (referido a la terminación anticipada) es un aporte fundamental que suma a la resolución del problema principal planteado en la presente tesis, asícomo los problemas secundarios. Por lo que no perdamos de vista este dato esencial en el desarrollo del presente trabajo, en el cual más adelanteahondaremos.

De otro lado, dicho artículo posteriormente tuvo diversas modificaciones, ya sea para modificar su texto original o para incorporar nuevos artículos. Así, conforme lo señala el profesor Peña (1997), "a pesar de su corta vigencia el legislador colombiano ante los vacíos existentes que se advertía en la norma, incardina variaciones en este instituto mediante la Ley 81 del 02 de noviembre de 1993, art. 3, 4 y 5. Divide el art. 37° originario y agrega los arts. 37°-A y 37°-B. Modificaciones que no fueron tomadas en cuenta por el legislador peruano a pesar del conocimiento que ya se tenía de las mismas y de la dificultad que había suscitado su aplicación en Colombia" (pp. 73-74). Veamos cuáles fueron dichas modificaciones y agregados que tuvo la norma original de la terminación anticipada colombiana.

2.1.3. *Ley N° 81 del 02 de noviembre de 1993: "Sentencia anticipada".*

Mediante Ley N° 81, la figura procesal de la *"terminación anticipada"* fue sustituida por la llamada *"sentencia anticipada";* es decir, se retornaba a su inicial denominación, pero con cambios significativos. Asimismo, se incorporó el artículo 37-A, mediante el cual se introdujo la regulación de la *"Audiencia Especial",* institución que tiene semejanzas y diferencias con la *sentencia anticipada*, veamos cada una de ellas:

> Artículo 37°. - *"Sentencia anticipada"*
>
> Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y *hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar* que se dicte sentencia anticipada.
>
> Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días.
>
> Los cargos formulados por el Fiscal y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.
>
> Las diligencias se remitirán al Juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, *siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales*.
>
> El Juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una *disminución de 1/3 parte* de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

> *También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública* el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso *la rebaja será de una sexta (1/6) parte de la pena*.

Luego de la modificación introducida -por el legislador colombiano- al texto original de la terminación anticipada del proceso, hubo diversos pronunciamientos –al respecto- de la Corte Constitucional de Colombia, entre ellos estuvo lo referido a cuál era la naturaleza jurídica de la *"sentencia anticipada".* Así, en el año 1996 en la Sentencia C-425-1996 la Corte señaló que:

> Esta institución jurídica es una de las formas de terminación abreviada del proceso penal, y responde a una política criminal cuya finalidad es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia, pues mediante ella se autoriza al juez para emitir el fallo que pone fin al proceso antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas por el legislador, las que se consideran innecesarias, dada la aceptación por parte del procesado de los hechos materia de investigación y de su responsabilidad como autor o partícipe de los mismos. Dicha actuación por parte del procesado es catalogada como una colaboración con la administración de justicia que le es retribuida o compensada con una rebaja de pena cuyo monto depende del momento procesal en que ésta se realice.

Así, conforme lo sostenido por la Corte Constitucional de Colombia, respecto a la naturaleza jurídica de la sentencia anticipada, como se indicó desde un primer momento, el legislador colombiano al igual que el italiano estaba en busca de una justicia más célere y eficaz – al estilo norteamericano- es por ello que a fin de incentivar a que los sindicados se declarasen culpables o

acepten los cargos imputados, a cambio otorgaba una rebaja de la pena. Pues, consideraba que era innecesario continuar con todas las etapas procesales si ya el procesado había aceptado su responsabilidad y este hecho – declaración de culpabilidad por parte del sindicado- era considerado como una colaboración con la administración de justicia que debía ser premiada.

Asimismo, el mismo año mediante la Sentencia N° C-456/96, la Corte Constitucional de Colombia, tuvo otro pronunciamiento respecto a la *"sentencia anticipada"*, pero esta vez referida a la eficiencia de esta figura procesal, para lo cual afirmó que:

> Si en el proceso penal existen suficientes elementos de juicio que permiten demostrar que la aceptación, tanto de los cargos como de su responsabilidad, por parte del implicado, son veraces y se ajustan a la realidad, no tiene sentido observar una serie de ritos procesales para demostrar lo que ya está suficientemente demostrado. Contar con un sistema judicial eficiente, que no dilate los procesos y permita resolverlos oportunamente, sin desconocer las garantías fundamentales del procesado, es un deber del Estado y un derecho de todos los ciudadanos. Una política criminal que conceda beneficios a quienes actúen observando el principio de lealtad procesal, logrando además la aplicación de una justicia pronta y cumplida, sin desconocer ningún derecho o garantía del procesado, no puede tildarse de atentatoria de los derechos inalienables del individuo.

Al respecto, considero que el razonamiento perfilado por la Corte colombiana es muy acertado, toda vez que si en un caso en concreto ya se cuenta con la aceptación de culpabilidad por parte del procesado resultaría inoficioso continuar con todas las etapas procesales a fin de emitir una sentencia condenatoria en su contra, por lo que en dichos supuestos – y a manera de incentivo- entra a encajar perfectamente la terminación anticipada del

proceso, una forma eficaz y eficiente de culminar el proceso penal sin llegar a la etapa de juicio oral.

Así, “el cambio de la norma originada en este país significó ampliar las bases de esta forma de procedimiento especial al regularse una nueva modalidad de terminación anticipada del proceso, como es la “sentencia anticipada”, también de raigambre italiana –mejor conocida como *“juicio direttíssimo”* – en el que ante la evidencia derivada de una situación de flagrancia o en el reconocimiento directo del imputado acerca de los hechos, el fiscal puede presentar al sindicado ante el juez mediante un audiencia especial, en la que habrá de presentar los cargos, para que éste proceda a la imposición de la pena” (Peña, 1997, pp. 74-75).

En esa línea de ideas, estando a las modificatorias introducidas por la Ley N° 81 de 1993 al artículo 37° del C. de PP de 1991, veamos cuáles son sus características más resaltantes:

- **Sujetos facultados para la incoación.**
  Conforme a la modificatoria realizada, el único facultado para solicitar que se emita una sentencia anticipada es el *“procesado”.*
  El fiscal ya no tiene potestad para poder requerir la culminación del proceso anticipadamente.

- **Oportunidad procesal.**

  Desde que se emite la resolución que define la situación jurídica del procesado hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública.
  Dicha petición puede realizarse en dos oportunidades: 1.- en la etapa de instrucción, desde la ejecutoria de la resolución que resuelve la situación jurídica hasta antes del cierre de la investigación; y 2.- en la etapa de juzgamiento, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación hasta antes de que se fije fecha para la audiencia pública (Sentencia N° C-425/96). El momento en que solicite la emisión de la sentencia anticipada en su contra, incidirá en la rebaja de la pena a imponer, conforme se aprecia en el punto “c”.

En relación a la original redacción del artículo 37° se mantiene la oportunidad procesal en la que podría requerirse concluir anticipadamente el proceso, el cambio sustancial se verifica en cuanto al beneficio que se otorgaba, ya que éste será mayor cuando la solicitud se realice antes de la acusación y menor cuando se realice luego de proferida la acusación fiscal. Pues resulta lógico otorgarle menor beneficio a aquel procesado que tome una decisión cuando ya el fiscal decidió emitir acusación y las etapas procesales a reducir sean menores que cuando su decisión sea durante la investigación.

- **Beneficios.**

  Si el procesado solicita la sentencia anticipada antes del cierre de la investigación, el beneficio será la reducción en una tercera parte (1/3) de la pena. En cambio, si tal decisión la realiza desde proferida la resolución de acusación hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública, la rebaja sólo será de una sexta parte (1/6) de la pena.

- **Sujetos procesales intervinientes.**

  El juez, fiscal, procesado y defensa. La participación del Ministerio Público y demás sujetos procesales es facultativa.

- **Trámite del procedimiento.**

  El fiscal ha de consignar en un acta la aceptación expresa por parte del procesado de los cargos imputados en su contra y de su responsabilidad. Dicha acta ha de ser suscrita por el fiscal, el procesado y su defensa (si en caso la diligencia se lleva a cabo en la etapa de instrucción) o en todo caso por el juez y el procesado (si se lleva a cabo en la etapa de juzgamiento).

  Luego ha de remitirse el acta al juez competente, quien ha de realizar un control de legalidad del procedimiento y verificar que no exista violación de las garantías fundamentales. Habiendo realizado dicha constatación, en el plazo de diez días hábiles ha de emitir sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados[105].

[105] Para mayor información véase el anexo 7.

Al respecto, acota la Corte Constitucional colombiana que, "el juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable. La aceptación por parte del implicado de ser el autor o partícipe de los hechos investigados penalmente, aunada a la existencia de prueba suficiente e idónea que demuestre tal afirmación, permite desvirtuar la presunción de inocencia" (Sentencia N° C-425/96).

La Corte colombiana complementó lo que el legislador había olvidado conservar del artículo original que era lo referido a la "*suficiencia probatoria"*, pues como se puede apreciar en el artículo 37° modificado, se había suprimido lo referido a la existencia de prueba suficiente como requisito fundamental para la emisión de una sentencia anticipada. Por lo que ante tal vacío la Corte Constitucional colombiana no dudó en reiterar que tal exigencia seguía manteniéndose, independientemente que no se haya consignado en la norma modificada, pues ello era la base o el fundamento de la sentencia anticipada, antes que la mera declaración de culpabilidad el procesado.

- **Requisitos esenciales para la emisión de la sentencia anticipada.**
  Para dictar sentencia anticipada se exige el cumplimiento de dos requisitos sustanciales, a saber: 1. la aceptación por parte del procesado de los hechos materia de investigación y 2. La existencia de plena prueba para dictar sentencia condenatoria, esto es, de que el hecho ha existido y de que el sindicado es responsable del mismo (Sentencia N° C-425/96)[106].

[106] Cuando el procesado solicita que se profiera sentencia anticipada está renunciando voluntariamente a que se adelanten todas las diligencias procesales estatuidas por el legislador, debido a su aceptación de los hechos materia del proceso, reconocimiento que obviamente ha de estar respaldado en el material probatorio recaudado. Sin embargo, la ley permite que en caso de existir duda sobre los hechos o la responsabilidad del procesado, puede el Fiscal ampliar la indagatoria y ordenar la práctica de otras pruebas que lo conduzcan a la plena certeza del ilícito y de la responsabilidad del imputado.

Para efectos de dictar sentencia anticipada, es necesario levantar un acta en la que consten en forma clara, precisa y concreta los hechos y cargos que se le endilgan al procesado, la aceptación expresa de ellos por parte del implicado, al igual que su responsabilidad, documento que se equipara para todos los efectos procesales a la resolución acusatoria; ésta la razón para exigir que en ella queden perfectamente

Con el fin de dar cumplimiento a estas exigencias, la ley faculta al Fiscal para que, una vez presentada la solicitud, ordene la ampliación de la indagatoria y la práctica de pruebas (Sentencia C-273-98).

- **Facultad impugnativa.**

  Contra la sentencia anticipada procede el recurso de apelación y, en algunos casos, el de casación, y pueden interponerlo el procesado y su defensor, el fiscal y el representante del Ministerio Público.

- **Reparación civil.**

  Al igual que en el artículo original, el acuerdo es inoponible a la parte civil, si en caso esta parte procesal desea hacer valer su derecho ha de apelar en el extremo que le compete y solicitar el incremento de la reparación civil ante el Superior jerárquico.

En síntesis, al realizar una comparación entre la redacción original del artículo 37° del C. de PP de 1991 y las reformas introducidas con la Ley N° 81, se puede constatar las siguientes modificaciones en relación a su redacción original: *i) En cuanto a su denominación: de "terminación anticipada" a "sentencia anticipada". ii) En relación a los sujetos facultados para requerir la aplicación de la sentencia anticipada: antes "fiscal o sindicado", ahora "solo procesado". iii) En cuanto a la reducción de la pena, antes solo hasta un sexto de la pena, más lo que corresponda por confesión sincera; con la modificación el beneficio es mayor, un tercio (1/3) si se acoge en la etapa de investigación, pero si lo hace durante la acusación el beneficio se reduce a un sexto (1/6) de la pena.* Por lo que, de lo señalado, se puede apreciar que la modificación más significativa realizada al artículo 37° se verifica en relación al beneficio de reducción de la pena, ya que va a ser mayor el beneficio si el procesado solicita la emisión de una sentencia anticipada durante la investigación que al hacerlo en una etapa posterior.

---

delimitados los cargos que se le atribuyen al implicado, ya que posteriormente no se puedan modificar ni agregar otros (Sentencia N° C-425/96).

Finalmente, conforme lo afirma la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia N° C-456/96, cabe agregar que la sentencia anticipada procede en cualquier clase de proceso sin importar el delito.

De otro lado, se tiene que con la Ley N° 81 de 1993, no sólo se modificó el artículo 37° del C. de PP de 1991, sino que mediante el artículo 4 de dicha Ley se incorporó el artículo 37-A que regulaba la *"Audiencia Especial"*, así como el artículo 37-B, referido a las disposiciones comunes aplicables tanto a la "*sentencia anticipada*" como a la "*audiencia especial*". En ese sentido, veamos el contenido de cada una de ellas, comenzaré primero con lo regulado en el artículo 37-A, que a la letra señalaba:

> **ARTÍCULO 37-A: Audiencia especial**
> A partir de la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y *hasta antes de que se cierre la investigación*, *el fiscal, de oficio o a iniciativa del procesado*, directamente o por conducto de su apoderado, podrá disponer *por una sola vez la celebración de una audiencia especial* en la que el fiscal presentará los cargos contra el procesado. La audiencia versará sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, ***siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia***.
>
> Terminada la audiencia se suscribirá un acta que contenga el acuerdo a que se haya llegado sobre los aspectos a que hace referencia el inciso anterior. El proceso se remitirá al Juez del conocimiento dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia.

> Recibido el expediente por el Juez, dictará sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de conformidad con lo acordado si encuentra el acuerdo ajustado a la Ley y siempre que no se hayan violado derechos fundamentales del procesado.
>
> El Juez podrá formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo, si lo considera necesario, mediante auto que no admite ningún recurso en el que ordenará devolver el expediente al fiscal y citará a una audiencia que se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de las observaciones. En la audiencia el fiscal y el sindicado discutirán las observaciones con el Juez y manifestarán si las aceptan, lo que consignarán en un acta. En caso de aceptar las observaciones el Juez dictará sentencia en el término de cinco (5) días.
>
> Vencido el término establecido en el inciso tercero de este artículo o finalizada la audiencia a que hace referencia el párrafo anterior, el Juez, en caso de no aceptar el acuerdo lo improbará mediante auto susceptible del recurso de apelación.
>
> *Al sindicado que se acoja a la audiencia especial se le reconocerá un beneficio de rebaja de pena de una sexta a una tercera parte.* (El resaltado es nuestro).

Sobre este punto el Tribunal Constitucional de Colombia en la Sentencia C-394-94 ha referido que:

> En el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, nuevo precepto incorporado a dicho Código por el artículo 4 de la Ley 81 de 1993, se regula la llamada "Audiencia Especial" que debe celebrarse una vez se encuentre ejecutoriada la resolución que defina la

> situación jurídica del procesado y antes de que se cierre la investigación, a instancia del fiscal o a iniciativa del procesado o de su apoderado, en la cual el fiscal presentará los cargos contra el procesado. Dicha audiencia versa sobre los siguientes aspectos: "la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión porotros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia.
>
> En dicha audiencia se puede celebrar un acuerdo entre la Fiscalía y el Procesado sobre los aspectos antes mencionados, el cual debe constar en un acta que formaliza dicho acuerdo. Acto seguido se debe remitir el expediente al Juez de conocimiento a efecto de que proceda a dictar sentencia "de conformidad con lo acordado si encuentra el acuerdo ajustado a la ley y siempre que no se hayan violado derechos fundamentales del procesado".

En esa línea de ideas, Salinas (2011), agrega que la "*Audiencia especial",* se estructura a partir de la evaluación y discusión entre el Fiscal y el Imputado de diversos aspectos de la pretensión punitiva, a fin de lograr un acuerdo (art.37-A añadido). Entre las dimensiones sometidas a revisión se encuentran:

- Adecuación típica.
- Grado de participación.
- Forma de culpabilidad.
- Circunstancias del delito.
- Pena y condena de ejecución condicional.
- Preclusión de otras conductas (siempre que se sancionen con una pena menor o exista duda probatoria sobre su existencia) (pp. 120-121).

Por su parte Guerrero Peralta, Óscar Julián (como se citó en Salinas, 2011), al comentar este mecanismo, considera que, "en la práctica la recurrencia a esta institución (audiencia especial) ha sido escasa por varias razones, entre otras, porque el control judicial hace más insegura la posibilidad de terminar el proceso por esta vía y porque el máximo del descuento punitivo es igual al de la sentencia anticipada, lo que hace que esta última sea preferida por quienes pretenden una opción de sometimiento".

En suma, las características más resaltantes de la *"Audiencia especial"*, son las siguientes:

- **Sujetos facultados.** Puede solicitarlo el fiscal de oficio o puede iniciarse a pedido del procesado o a través de su defensa.
- **Oportunidad.** Desde que se define la situación jurídica del procesado hasta ante de que se cierre la investigación.
- **Extrajudicialidad. "**El juez no interviene en la actividad de las partes, se limita a recibir los actuados, cuando la iniciativa proviene del encausado, que remite al fiscal" (Salinas, 2011, p. 122)
- **Acuerdo.** El sindicado puede aceptar, todo o en parte o rechazar los cargos imputados por el fiscal
- **Objeto de negociación.** Calificación jurídica y la pena. También podrán ser negociados los comportamientos sancionados con menor pena, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su comisión.
- **Beneficios.** El beneficio que obtiene el sindicado por aceptar los cargos imputados es la reducción de un sexto (1/6) de la pena, dicho beneficio es adicional al que pueda obtener por confesión sincera. Otro beneficio que también adquiere el procesado al incoar la audiencia especial, es la preclusión de algunos comportamientos sancionados con pena menor que el principal, siempre y cuando respecto de aquel exista duda probatoria sobre su existencia.
- **Audiencia.** Se trata de una audiencia especial, que se realiza por una sola vez, en la que participan el procesado y el representante del Ministerio Público. Los pasos que seguía para la audiencia eran:
  i. Presentación de cargos, por parte del Fiscal.

ii. Aceptación/rechazo (todo o en parte) de los cargos formulados que debe hacer el procesado.
iii. Acuerdo (circunstancias del hecho punible y la pena a imponerse), entre el fiscal y el encausado.
iv. Explicación de los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las restricciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad. Actividad propia del juez.
v. Emisión de sentencia luego de 05 días de realizada la audiencia (Salinas, 2011, p. 115).

- **Facultad impugnativa.** El único que puede apelar la sentencia aprobatoria es el fiscal. Sin embargo, el auto desaprobatorio del acuerdo es impugnable por el fiscal, el imputado y el Ministerio Público.
- **Reparación civil.** El juez al momento de resolver impone una indemnización por los daños ocasionados a favor de la parte agraviada. Asimismo, se indica que el acuerdo arribado entre el fiscal y el sindicado no es oponible a la parte civil. Agrega, Salinas (2011): "La parte civil, eventualmente, tenía legitimidad para solicitar el incremento del monto impuesto por el órgano jurisdiccional, ante la instancia superior".

Es importante también resaltar que, respecto a la actividad probatoria, se establece de manera expresa que desde el momento en que se solicita esta audiencia especial queda suspendida la actuación procesal ordinaria, precisando además que este paréntesis no podrá exceder de treinta días hábiles. No obstante, se tiene algunas excepciones como la urgencia de practicarse pruebas con el fin de evitar su desaparición o alteración (Peña, 1997, p. 76).

De otro lado, conforme lo sostiene Gómez (2010): "En la sentencia, el procesado se limitaba a aceptar los cargos que le formulaba la Fiscalía. En la audiencia especial se discutían y acordaban aspectos relacionados con la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena, la condena de ejecución condicional y la preclusión por comportamientos menores" (p. 100).

a. Semejanzas y diferencias entre la *"Sentencia anticipada"* y la *"Audiencia especial".*

Estando a lo señalado líneas *supra,* tenemos que mediante Ley N° 81, se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano la *"Audiencia especial",* así también se modificó el artículo 37° del C. de PP de 1991, que regulaba la *"Terminación anticipada"* del proceso, cambiando su denominación por la de *"Sentencia anticipada"*.

En ese escenario la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-277-98, al respecto reflexiona e indica que: "En desarrollo de una política criminal dirigida a descongestionar los despachos judiciales y a lograr una mayor eficiencia y eficacia en la administración de justicia, el legislador colombiano consagró en el estatuto procesal penal dos formas de terminación abreviada del proceso: la sentencia anticipada y la audiencia especial. Mediante tales figuras jurídicas se busca prescindir de algunas etapas procesales y proferir anticipadamente la sentencia cuando el imputado, a cambio de una disminución o rebaja de la pena imponible, admite o negocia su responsabilidad con fundamento en los cargos que han sido elevados en su contra. Estas formas de terminación abreviada del proceso son aplicables para toda clase de delitos y, por configurar un acuerdo previo sobre la culpabilidad del sindicado, la sentencia que se profiera tendrá que ser necesariamente condenatoria".

Así las cosas, existían dos instituciones procesales que guardaban ciertas semejanzas y diferencias: la sentencia anticipada y la audiencia especial. En cuanto a los puntos de contacto se tiene que, a diferencia de la preclusión de la investigación y la cesación del procedimiento, estas figuras no constituían una forma de extinción de la acción penal, porque simplemente se trataba de abreviar la ritualidad procesal para proferir sentencia condenatoria cuando existía mérito para ello. Mediante estas figuras se prescindía de algunas actuaciones procesales, por ejemplo, el cierre de investigación, la calificación formal del proceso y la audiencia pública, siendo procedente para toda clase de delitos, pudiendo ser aplicadas por cualquier fiscal o juez (Sentencia T-356/07).

Si bien es cierto, como se señala líneas arriba, dichas instituciones procesales tenían ciertos puntos de contactos, pero su aplicación difería una de la otra. Por lo que, para un mejor entendimiento, así como para una adecuada aplicación el Tribunal Nacional colombiano en el registro N° 6.291, providencia del 09-IX-94, desarrolló las diferencias entre ambas, afirmando que:

> La mayor diferencia entre una y otra figura estriba en que mientras para la audiencia especial es necesario que dentro del plenario subsistan dudas en torno de aquellas situaciones procesales (tipicidad, participación, culpabilidad, etc.), la sentencia anticipada no requiere de esa condición de procedibilidad y por lo mismo, en el acto que antecede a la misma, la Fiscalía simplemente se limita a formularle los cargos al procesado y éste, a allanarse a ellos, sin ningún reparo" (énfasis añadido), (Salinas, 2011, p. 121).

Ya en el año 2007, dicha Corte Constitucional en la Sentencia T-356/07, amplió el desarrollo de las diferencias entre dichas figuras procesales, indicando lo siguiente:

Sentencia anticipada	**Audiencia especial**
1) El imputado renunciaba a la tramitación integral del proceso cuando aceptaba los cargos formulados en su contra y se encontraban demostrados los presupuestos probatorios para fundamentar la sentencia condenatoria. La titularidad para solicitar tal beneficio correspondía exclusivamente al acusado; 2) La petición se elevaba, en la etapa de instrucción, a partir de la resolución que resolvía la situación	1) No existía duda acerca de la comisión del hecho punible, no se establecía la atipicidad del mismo, no concurrían causales de justificación o inculpabilidad, pero se presentaban dudas probatorias acerca de la intervención en el delito o sobre la calificación de algunos de sus elementos integrantes; 2) La petición se elevaba a partir de la ejecutoria de la resolución que definía la situación jurídica del

jurídica al procesado, una vez se encontrara ejecutoriada, hasta antes del cierre de la investigación, sin necesidad de que esta providencia adquiriera firmeza, obteniendo una rebaja de pena hasta de 1/3 parte; 3) En la etapa de juzgamiento, la solicitud podía ser elevada hasta antes de se fijara fecha para la audiencia pública, obteniendo una rebaja de pena de hasta 1/6 parte; 4) El procesado debía aceptar integralmente los hechos investigados, es decir, se trataba de una confesión simple de haber participado en el hecho; 5) Debía existir en el proceso prueba que condujera a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado; 6) Durante la etapa de investigación, fiscal y procesado debían suscribir un acta, equivalente a la resolución de acusación; durante el juicio, el documento debía ser suscrito entre el juez y el acusado;	procesado y hasta antes de que se profiriera providencia que ordenara el cierre de la investigación; 3) En la etapa de juzgamiento era improcedente aquélla, por cuanto las posibles dudas probatorias habían sido despejadas en la resolución de acusación; 4) El imputado debía aceptar su responsabilidad en el comportamiento delictivo; 5) La audiencia terminaba con la suscripción de un acta contentivo del acuerdo derivado de la diligencia judicial, equivalente a una resolución de acusación; y 6) Se preveía la existencia de un control judicial sobre lo acordado tanto en aspectos sustanciales como procesales[107].

[107] Así las cosas, a pesar de la existencia de ciertas diferencias y matices, en la sentencia anticipada y en la audiencia especial el Estado renuncia a seguir ejerciendo sus poderes de investigación y juzgamiento y el imputado a que se agoten todos los trámites normales del proceso; tales renuncias mutuas, que en el sistema acusatorio americano se conocen como *plea guilty*, son factibles cuando la ritualidad subsiguiente se torna innecesaria, por estar demostrados los presupuestos probatorios para dictar sentencia condenatoria (Sentencia T-356/07).

7) Contra el acta no procedía recurso alguno; 8) El juez debía aprobar el acuerdo, salvo que violase garantías constitucionales o legales, y proceder a dictar sentencia condenatoria, la cual era impugnable	

Así, habiendo desarrollado hasta este punto lo concerniente a la *"Sentencia anticipada"* (Art. 37°) y la *"Audiencia Especial"* (Art. 37-A), quedaría pendiente el artículo 37°-B, artículo que regula las disposiciones comunes de ambos artículos antes citados. Por lo que veamos el contenido del artículo en referencia:

> **ARTÍCULO 37-B: Disposiciones comunes**
> En los casos de los artículos 37 y 37A de este Código se aplicarán las siguientes disposiciones:
> 1. **Acumulación de beneficios.** El beneficio de rebaja de pena previsto en los artículos 37 y 37A es adicional y se acumulará a todos los demás a que tenga derecho el procesado, pero en ningún caso se acumularán entre sí.
>
> 2. **Equivalencia a la resolución de acusación.** El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37A, son equivalentes a la resolución de acusación.
>
> 3. **Ruptura de la unidad procesal.** Cuando se trata de varios procesados o delitos, pueden realizarse aceptaciones o acuerdos parciales, caso en el cual se romperá la unidad procesal.

> 4. **Interés para recurrir.** La sentencia es apelable por el Fiscal, el Ministerio Público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.
>
> *La sentencia no será opinable a la parte civil*, sin embargo, si tal sujeto procesal quiere acogerse a la condena que se haya hecho en perjuicios*, está legitimado para apelar en relación con su pretensión.* Podrá, igualmente, impugnar los acuerdos que decreten alguna preclusión.
>
> 5. **Exclusión del tercero civilmente responsable.** Cuando se profiera sentencia anticipada en los eventos contemplados en los artículos 37 o 37 A de este Código, en dicha providencia no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil del tercero.
>
> 6. Audiencia especial y sentencia anticipada ante los jueces penales municipales y promiscuos municipales. Mientras se implantan las Unidades Locales de Fiscalía, en los procesos de competencia de Jueces Penales Municipales y Promiscuos Municipales,si el procesado solicita audiencia especial o sentencia anticipada, el Juez inmediatamente requerirá del Jefe dela Unidad de Fiscalía Delegada ante el Circuito correspondiente, la designación de un Fiscal de su dependencia para que ejerza las funciones atribuidas a estos efectos. (El resaltado es nuestro).

Al respecto, Gómez (2010) analizando los tres artículos (37°, 37°-A y 37°-B) señala: “El principio dispositivo limitado – no debe olvidarse que nuestro orden jurídico se asienta sobre el principio de legalidad-, se reflejó en el acortamiento

de los trámites procesales, toda vez que, en ambas modalidades de sentencia anticipada se prescindió de parte de la etapa de investigación, cierre de la misma, calificación del mérito probatorio del sumario y etapa del juicio.Empero su trámite debía ajustarse a lo reglado por la Constitución y la ley, locual se desprendía de que la aceptación de que daba cuenta el artículo 37° del C. de PP de 1991, sólo se admitiría *"siempre que no hubiera habido violación de garantías fundamentales"* y el acuerdo del 37-A cuando estuviere*"ajustado a la ley y siempre que no se hubiere violado derechos fundamentales del procesado".* En ambas modalidades de trámite abreviado,se renunciaba por parte del procesado, al ejercicio del derecho de contradicción. Pero, además, en la figura de la audiencia especial, existía en mayor o menor medida una disposición de la imputación delictiva y de la pena,arreglada a los marcos legales" (p. 98).

2.1.4. Ley N° 365 del 21 de febrero de 1997.

Posteriormente, el 21 de febrero de 1997 se modificó los artículos 37° y 37° B, en cuanto a la pena y la acumulación de beneficios. El C. de PP de 1991 sólo consagró un tipo de procedimiento y no incluyó mecanismos de abreviación de los procesos. De los avances logrados en la legislación que le antecedió[108], sólo se mantuvo los efectos reductores en lo

[108] Podría afirmarse que el cambio de mentalidad impuesto hoy, comenzó a gestarse a partir del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 1887), pues aquí, muy a pesar de que se mantienen instituciones de corte inquisitivo, los giros hacia el predominio de lo acusatorio son claros:

a) La primera situación que genera el procedimiento abreviado es la captura en flagrancia, forma especial de evidencia probatoria, que justificaba prescindir de algunos trámites procesales.
   Ante la confesión, no imperaba la duda convertida en desconfianza hacia el dicho del procesado, pues simple y llanamente se afirmaba que *"no podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos y se verificarán con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones"* (artículo 384).
b) Se instituyó el procedimiento abreviado sin consideración al sujeto pasivo de la acción penal, lo cual se activa con la captura en flagrancia o la confesión simple del procesado (artículo 474).
   Como puede verse, sin desconocer que posteriormente en la audiencia, puede practicarse pruebas, aquí la confesión tiene efectos jurídicos y se puede apreciar que no impera un sistema de desconfianza.
   El procedimiento abreviado quedaba fijado con el auto que resolvía la situación jurídica luego de practicada la indagatoria, pues allí el juez o jueza de instrucción debía determinar, si se encontraba el procesado bajo una captura en flagrancia o se había producido una confesión simple (artículo 476), convocando en el mismo acto procesal para la celebración de la audiencia pública de juzgamiento y teniendo oportunidad los sujetos procesales para pedir pruebas durante el término

punitivo de la confesión, no obstante, no precisó de manera clara que ello sólo era posible ante su modalidad simple (artículo 299), empero, la práctica judicial y la jurisprudencia entendieron que no tenía cabida cuando la misma fuera confesión calificada. Posteriormente, se implementaron mecanismos de descongestión y agilización de los procesos que se cifran en las llamadas sentencia anticipada por aceptación de cargos –sentencia anticipada- (artículo 37 del CPP de 1991, modificado por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997), y sentencia anticipada por acuerdo en la imputación delictiva y la pena –audiencia especial- (artículo 37A Ibíd., adicionado por el artículo 4 de la Ley 81 de 1993), (Gómez, 2010, p. 98). Siendo la redacción de dichos artículos, la siguiente:

---

de su ejecutoria formal (artículo 477), excepcionándose su aplicación para puntuales punibles como el homicidio, rebelión, sedición y aduaneros o se tratare de inimputables (artículo 485). En la audiencia pública, se contestaba la acusación, constituida por los cargos derivados en la definición de situación jurídica, se practicaban las pruebas, se escuchaba a las partes y se profería la sentencia, empero los términos se reducían a la mitad (artículos 478 y 479).

Sin duda alguna, aquí nos encontramos ante una fórmula jurídica *"contracta",* pues un interregno de la etapa de la instrucción, comprendido entre la definición de la situación jurídica y la ejecutoria de la resolución de acusación, era suprimido; lo cual también en cierta forma afectaba el juicio, pues directamente se pasaba a la audiencia pública y en ésta, los términos procesales se reducían a la mitad.

c) Bien importante el hecho de que en los delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores, quien llevaba a cabo la definición de la situación jurídica era un juez de instrucción, diferente al juez del conocimiento, pues ante éste se realizaba la audiencia pública y era a quien le competía dictar la sentencia (artículo 480).

d) Si bien en la regla de la confesión, se incluyeron derroteros enmarcados en el sistema de desconfianza, toda vez que el artículo 299 afirmaba que *"si el procesado reconociere su participación en el hecho que se investiga, el juez competente continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho",* no es menos cierto que ello parecería sólo aplicable en toda su extensión en aquellos casos donde se exceptuaba su aplicación, debido a que los términos procesales se acortaban dramáticamente para el proceso abreviado e incluso operaba la libertad provisional del detenido si la audiencia pública no se iniciaba dentro de los sesenta días después de resuelta la situación jurídica (artículo 483).

e) Finalmente, se comienza a perfilar en Colombia la idea de confesión transaccional, puesto que el artículo 301 estableció que *"a quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia".*

Es cierto que allí no existen conversaciones previas entre el representante del poder judicial y el procesado, debido a que *"formalmente"* así no se instituyó y todavía regía en gran medida el sistema mixto con tendencia inquisitiva, amén de que además debía valorarse el aporte de la confesión al convencimiento judicial para ser reconocida, pero de todos modos en abstracto, el Estado mediante la norma y por vía genérica efectuaba una propuesta, no negociable, pero ante la cual podía darse el fenómeno de la adhesión del procesado, al estimularlo a confesar.

Podría decirse que allí, nos encontramos ante un instituto muy cercano a la conformidad de la Europa continental (Gómez, 2010, p. 95-97).

ARTÍCULO 37.- Sentencia Anticipada	ARTÍCULO 37-B. Disposiciones comunes.
Ejecutoriada la resolución quédefina la situación jurídica y *hasta antes de que se cierre la investigación*, *el procesado podrá solicitar* que se dicte sentenciaanticipada. Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días. Los cargos formulados por el fiscal y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido. Las diligencias se remitirán al juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales. El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine *hará una disminución de una tercera (1/3) parte* de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. *También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la*	En los casos de los artículos 37 y 37-A de este Código se aplicarán las siguientes disposiciones: 1. **Concurrencia de rebajas**. La rebaja de pena prevista en el artículo 299 de este Código podrá acumularse a aquella contemplada en el artículo 37 o a la señalada en el artículo 37-A, pero en ningún caso podrán estas últimas acumularse entre sí. 2. **Equivalencia a la resolución de acusación**. El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37-A, son equivalentes a la resolución de acusación. 3. **Ruptura de la unidad procesal.** Cuando se trate de varios procesados o delitos, pueden realizarse aceptaciones o acuerdos parciales, caso en el cual se romperá la unidad procesal. 4. **Interés para recurrir**. La sentencia es apelable por el fiscal, el Ministerio Público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado

resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. *En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena*.	de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes. 5. **Exclusión del tercero civilmente responsable y de la parte civil.** Cuando se profiera sentencia anticipada en los eventos contemplados en los artículos 37 ó 37-A de este código, en dicha providencia no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil. **Numeral inexigible**

Conforme se puede apreciar la modificación más resaltante se da en relación al beneficio de reducción de la pena, ya que antes de la modificación ésta se reducía – cuando se solicitaba la emisión de la sentencia anticipada desde la acusación hasta antes de la audiencia pública- en una sexta parte; sin embargo, ya con la modificación realizada, la pena se reduciría sólo en una octava parte.

Así, en la Sentencia C-277-98, el Tribunal Supremo indicó que: “La sentencia anticipada, contenida en el artículo 37 del Código de procedimiento penal, tal como quedó modificada por el artículo 3° de la ley 81 de 1993, norma que a su vez fue reproducida casi en su integridad por el artículo 11 de la ley 365 de 1997, tiene lugar, exclusivamente, a instancia del imputado, quien puede intentarla en dos momentos procesales: 1°- durante la etapa instructiva, a partir de la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica hasta antes de que se cierre la investigación; y 2°- en la etapa del juzgamiento, una vez ejecutoriada la resolución acusatoria hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública. El momento procesal elegido para presentar la solicitud incide necesariamente en el monto de la rebaja de pena. Por ello, si la solicitud tiene ocurrencia en la etapa de la instrucción, el sindicado tiene derecho a una disminución de la pena "de una tercera (1/3)

parte", mientras que, si ocurre en la etapa de juzgamiento, el beneficio de rebaja de pena será "hasta de una octava (1/8) parte".

Por su parte, Gómez (2010) analizando las modificaciones realizadas por el legislador colombiano a la figura procesal de la *"sentencia anticipada"* señala que:

> Por virtud del ahorro de actividades procesal e investigativa del Estado, se le concedía, en uno y otro caso, importantes rebajas punitivas al procesado. Aquí se quebraba el principio retribucionista y aparecía como relevante la Política Criminal; se buscaba así celeridad, economía y eficacia en la administración de justicia. En ambos casos, el factor que sustentaba el ahorro de actividades procesales e investigativas, era la confesión simple de los hechos por parte del procesado. Pero también, como lo enseñaba la doctrina, *"un auténtico cumplimiento del deber judicial de esclarecimiento de los hechos sólo podría considerarse cumplido"* con la confesión.
>
> Se materializaba en la sentencia anticipada, por la aceptación de los cargos; y en la audiencia especial, por el acuerdo sobre la imputación delictiva, la pena y el subrogado de la condena de la ejecución condicional (artículo 37B, num.1 CPP de 1991). En realidad, el ahorro de actividades procesales e investigativas, tenía que ver con no continuar con los pasos que, para el caso de confesión, había señalado el artículo 291 Ibíd.
>
> No obstante, en la sentencia anticipada debía existir certeza probatoria, mientras que, en la audiencia especial, lo presente era la duda.
>
> Sólo el procesado imputable podía acceder a los institutos mencionados. Ello se desprendía de la utilización de las expresiones *"dosificará la pena"* y

> *"rebaja de pena"* que aparecían, respectivamente, en los artículos 37, 37A y 37B del CPP de 1991. Pero, además, la voluntad era definitiva en la aceptación de los cargos y en el acuerdo sobre la imputación delictiva y la pena, lo cual implicaba conocimiento de la trascendencia del acto y de sus alcances, por lo tanto, tales figuras resultaban incompatibles con la calidad de inimputable (p. 99).

De otro lado, se tiene un importante pronunciamiento por parte de Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-277-98**,** respecto a la liberación del juez en cuanto al pronunciamiento de la responsabilidad civil en la Sentencia anticipada; así, dicha Corte -al respecto- señala que:

> La norma acusada, al relevar al juez penal de la obligación de pronunciarse sobre la responsabilidad civil, en los casos de sentencia anticipada, está desconociendo los derechos y principiosconstitucionales que en materia de igualdad y justicia tiene la víctima o el perjudicado con el delito. Desconocimiento que resulta aún más evidente cuandoel juez penal, a pesar de haber encontrado probados losperjuicios ocasionados por el delito, no puede pronunciarse sobre ellos, por la circunstancia dehaberse acogido el sindicado, durante la etapa instructiva o de la causa, a la figura de la sentencia anticipada en cualquiera de sus modalidades. La norma acusada, entraña entonces una medida desproporcionada e irrazonable por cuanto en el afán de proteger a ultranza el interés colectivo, sacrifica sin prudencia el interés particular del afectado que también es objeto de protección constitucional.

Siendo que bajo dicho razonamiento la Corte Constitucional de Colombia, declaró el numeral 5 del artículo 37-B inexigible, por vulnerar derechos fundamentales (igualdad y justicia) de la parte agraviada.

Asimismo, ya en la Sentencia C-425-1996 el máximo Tribunal colombiano dejó claro que la Sentencia anticipada como toda sentencia: "(…) debe cumplirlos requisitos exigidos en la ley, entre otros, la debida congruencia entre los cargos formulados y el fallo de condena, ***el pago de perjuicios en caso de que haya lugar,*** los recursos que proceden contra ella, la notificación, la dosificación de la pena incluyendo las rebajas respectivas, etc." (El resaltado es nuestro).

Así, previo a culminar el presente apartado es importante señalar que el C. de PP del año 2000 (Ley 600), mantuvo en su artículo 40° el mecanismo de la *"Sentencia anticipada"* fundado en la aceptación unilateral de los cargos por parte del procesado. Así, en la Sentencia T-91/06 el Tribunal Constitucional colombiano, indicó: "Esta actitud procesal era compensada con un descuento punitivo de una tercera o de una sexta parte de la pena, deducida de la dosificación que efectuara el juez. El monto deducible dependía del momento en que se produjera el allanamiento".

La aceptación de cargos implica confesión. Cuando ella reúne los requisitos previstos en la ley (Arts. 280 y 283 C.P.P. de 2000), se contempla un descuento acumulable de 1/6 parte de la pena. En esta codificación no se contempla un instituto análogo a la denominada *audiencia especial,* basada en el consenso entre fiscal y procesado respecto de la responsabilidad de éste. Se establecen los denominados *beneficios por colaboracióneficaz* acordados entre la fiscalía y las personas investigadas, juzgadas o condenadas, en razón de la colaboración que presten a las autoridades para *"la eficacia de la administración de justicia"* que obedece a criterios de política criminal muy diversos a los que inspiran los mecanismos de terminación anticipada del proceso".

Finalmente, mediante Ley N° 906 del 31 de agosto de 2004 – Nuevo Código de Procedimiento Penal, se llevó a cabo la gran transformación del sistema procesal penal colombiano, el mismo que mantuvo la sentencia anticipada,

pero bajo la denominación de *"aceptación de la imputación"* e introdujo la figura de los *"preacuerdos y negociaciones de culpabilidad"*, texto normativo que tuvo una única modificación respecto de las penas, mediante Ley N° 890 del 07 de julio de 2004.

2.2. Los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad en el Código de Procedimiento Penal de 2004 colombiano.

2.2.1. Panorama general. -

Hasta este punto se ha verificado cómo es que estas figuras procesales han venido teniendo cambios desde su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano hasta llegar a la gran transformación del C. de PP colombiano (Código adjetivo vigente), e incorporar en tal reforma una nueva forma de concluir anticipadamente el proceso penal; esto es, a través de: *"Los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad".* Cabe aclarar que no eliminó en su totalidad las anteriores figuras procesales, sino que mantuvo *"la sentencia anticipada"*, pero bajo la denominación de *"aceptación de la imputación".*

Así, de acuerdo a lo sostenido por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-356-07, de una lectura sistemática del nuevo estatuto procesal penal permite deslindar dos modalidades de terminación anticipada del proceso perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político criminales: *(i)* Los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal**;** y *(ii)* la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado.

En el primer caso se trata de verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso. En el segundo caso, el presupuesto es la aceptación de los cargos por parte del procesado, es decir que no existe transacción y en consecuencia no requiere consenso. En esa línea de ideas, en el presente apartado desarrollaremos los *"pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad"*.

Asimismo, como hemos visto durante el avance legislativo de las instituciones procesales, predecesoras a los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad, el pronunciamiento de su Tribunal Constitucional ha sido trascendental, especialmente en cuanto a la participación de la víctima, así como en cuanto al entendimiento mismo de estas figuras procesales para su mejor aplicación en la práctica judicial. Y tal línea interpretativa que ha venido manteniendo la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a la participación la víctima en el proceso penal, la mantuvo y la enfatizó en los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad, conforme veremos más adelante.

En ese sentido, a fin de resolver los problemas frecuentes que acaece constantemente la administración de justicia – de la cual Colombia no fue ajena- recordemos que a través del Acto Legislativo 03 de 2002 se reformó los artículo 250 y 251 de la Constitución colombiana, tal modificación se realizó con la finalidad y con miras de cambiar de sistema procesal penal (de un sistema procesal mixto a uno de corte acusatorio), lo cual abrió paso al ingreso de esta nueva institución, pero sin dejar de lado a una de sus antecesoras: *"Sentencia anticipada" y "Audiencia especial"*. Por lo que, conforme se indicó líneas arriba se mantuvo la Sentencia anticipada bajo la denominación de *"aceptación de la imputación de cargos"* – pero con ciertos matices.

Por lo que con la incorporación del C. de PP de 2004, ingresaron los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad en el Título II del Libro III, desde el artículo 348 hasta el artículo 354. Con ello el legislador colombiano buscaba – al igual que el legislador estadounidense e italiano- descongestionar su administración de justicia, hacerla más célere y eficaz. Escenario que no habían conseguido a través de sus predecesoras, pues como veremos más adelante a diferencia de la terminación anticipada del proceso, de la sentencia anticipada y de la audiencia especial, la regulación actual[109] tiene mayor

[109] La terminación del proceso penal de manera anticipada mediante el recurso de los preacuerdos y negociaciones, no ha sido un tema pacífico ni siquiera aún, en los denominados sistemas acusatorios puros como el de Norte América y el de Gran Bretaña. Ello, debido a la controversia que se suscita en su interior, dada la renuncia a unos derechos procesales con arraigo constitucional y la necesidad de hacer valer otros de esos derechos también con sustento de igual naturaleza (Gómez, 2010, p. 109).

semejanza a las formas del *ple bargaining estadounidense*, ya que los beneficios que se le otorga al procesado por declararse culpable son mayores que los incentivos que se concedían en la sentencia anticipada o en la audiencia especial, lo cual lo hace más atractivo a los ojos de los imputados bajo un análisis de costo y beneficio, claro está que ello es factible siempre y cuando existan medios probatorios que amparen su declaración de culpabilidad.

Así de acuerdo a lo sostenido por el Tribunal Supremo colombiano en la Sentencia T- 356/07, "los preacuerdos y negociaciones comportan en su esencia aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado, es decir aceptación total o parcial de cargos como producto del acuerdo. Así quedó plasmado de manera clara en los artículos 350, 351, 352 y 353 de la ley 906/04".

Al respecto, Gómez (2010) señala: "Aparecen así, novedosas formas de llevar a cabo *"acuerdos para la declaración de responsabilidad"* entre la Fiscalía y Defensa, que se traducen en *"preacuerdos que implican la terminación anticipada del proceso[110]",* toda vez que se le permite al procesado, participar en la definición de su propia situación jurídica (artículos 8 literal d y 348 inciso 1 de la Ley 906 de 2004). Esto demanda el reconocimiento de mayor flexibilidad en la función de aplicación de la ley, lo cual paradigmáticamente se reconoce en el artículo 3 de la Ley 890 de 2004, toda vez que el sistema de contención a la menor maniobrabilidad del juez o jueza del sistema de cuartos en la tasación de la pena, se suprime (pp. 72-73).

En esa línea de ideas, continúa Gómez (2010): "La doctrina es enfática al manifestar que este instituto es apenas una muestra tímida del *plea bargaining,* en tanto las legislaciones no contemplan *"margen de negociación",* por lo cual es un *"medio tremendamente rígido y escasamente válido para realizar transacciones",* pero sí puede llegarse mediante el mismo, a acuerdos

[110] Por su parte Salinas (2011), señala que: "Esta figura ha sido diseñada de manera tal, que permita un espectro mayor de posibilidades para concluir un proceso, a partir del acuerdo entre el encausado y la Fiscalía (p. 134)".

entre acusación y defensa que acorten términos y diligencias procesales (p. 91)".

Siendo ello así, comenzaré por desarrollar las finalidades de esta institución jurídica, para luego pasar por los principios que lo sustentan, su definición, desarrollar el trámite que se sigue para su aplicación y la intervención de la Corte Constitucional en relación a la participación de la víctima.

2.2.2. Naturaleza Jurídica. -

En cuanto a la *naturaleza,* los preacuerdos y las negociaciones representan una vía judicial encaminada a la simplificación de los procesos mediante la supresión parcial o total del debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes del proceso.

Los procesos abreviados basados en los preacuerdos y las negociaciones entre las partes involucradas, no son expresión de una renuncia al poder punitivo del Estado[111], están guiados por el propósito de resolver de manera más expedita el conflicto penal mediante la aceptación, por parte del imputado o acusado de hechos que tengan relevancia frente a la ley penal y su renuncia libre, voluntaria e informada, al juicio oral y público, a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional. No incorporan el ejercicio de un poder dispositivo sobre la acción penal, sino la búsqueda, a través del consenso, de alternativas que permitan anticipar o abreviar el ejercicio de la acción penal (Sentencia C-516/07. F. 3.5.1).

2.2.3. Finalidades de los preacuerdos y negociaciones[112].-

El legislador colombiano al transformar su sistema procesal penal, incorporó por primera vez, mediante Ley 906 de 2004, los pre acuerdos

[111] El artículo 250 de la Constitución establece que "la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo".

112 Para mayor información véase el anexo 8.

y negociaciones de culpabilidad, las mismas que tuvieron como propósito cumplir ciertas finalidades y éstas las vamos a encontrar en el artículo 348° de su C. de PP de 2004, que son las siguientes:

a) Humanización de la actuación procesal y la pena.
b) Obtener pronta y cumplida justicia.
c) Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito.
d) Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.
e) Y, lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

En razón a estas finalidades los autores Omaña, Ortíz & Villamizar (s/f), refieren que:

> Realizando un análisis detallado de las finalidades de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, es apreciable que la primera y al parecer principal de ellas es la humanización de la actuación procesal y la pena, concepto que podría comprenderse en un sentido simple, como la relevancia que el sistema penal brinda al ser humano, es decir, sin distinción del sujeto que participe en el proceso penal, de allí que se haga mención en primer término a la actuación procesal, es decir, que dentro del proceso es de vital importancia garantizar los derechos de quienes intervienen en él, como víctimas e incluso la sociedad civil que se haya visto afectada por una conducta punible; de igual forma y en segundo término y no por ello menos importante, se observa la humanización de la pena, concepto éste que recae directamente sobre el imputado o acusado y quien por su participación en el esclarecimiento de los hechos, encuentra un beneficio en la dosificación de su sanción (pena), garantizándose de ésta manera el cumplimiento de aquella en condiciones dignas y valga decir “humanas”.

En ese sentido, es importante resaltar lo sostenido por dichos autores en cuanto a la participación de la víctima en los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad, pues si bien inicialmente no se permitía su participación en dicho procedimiento, posteriormente con la intervención de la Corte Constitucional de Colombia [Sentencia N° C-516-2007], se le otorgó la facultad de poder participar. Por lo que, a la fecha, la finalidad de la pronta justicia ya no solo alcanza al imputado sino también a la víctima, quien podrá verse beneficiada de manera pronta y eficaz al igual que el procesado.

En esa línea de ideas, Gómez (2010) indica que:

> "Las finalidades que la ley procesal les señala a los pre acuerdos y negociaciones entre Fiscalía y el imputado o acusado, tienen como misión esencial justificar y legitimar la renuncia a esos derechos procesales con entidad constitucional, como primera medida; pero también como segunda, ellas propician el acatamiento y el ejercicio de otras garantías, con el propósito de que la sociedad y el procesado muestren su satisfacción con la terminación anticipada del procedimiento.
>
> De allí que los preacuerdos y las negociaciones se justifiquen en la medida en que respondan al cumplimiento de las finalidades que la ley procesal penal les señala y a los principios político-criminales y constitucionales que le son inherentes (p. 109).

2.2.4 Principios en los que se sustentan los preacuerdos y negociaciones. -

Los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, se circunscriben al contexto del principio dispositivo[113]

[113] Al respecto Gómez (2010), aclara que: "Puede hablarse de un principio dispositivo limitado, por cuanto tiene gran trascendencia la decisión de las partes, sin olvidar claro está el rol que juega el juez o jueza en la definición del caso, y no se debe comportarse como un simple notario que da fe de la voluntad de los intervinientes, puesto que como dice la jurisprudencia penal, *"el funcionario no está obligado en todos los casos a llevarlos a cabo y menos a cualquier precio",* toda vez que el juez o jueza no es un *"simple observador".*

como concepto general, el cual se desarrolla en otro subprincipio que bien podría ser denominado de consenso (Gómez, 2010, p. 135).

2.2.5. Definición de preacuerdos y negociaciones. -

Los preacuerdos y las negociaciones son ese conjunto de trámites que se materializan en conversaciones y contactos entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado, con la finalidad de culminar de manera anticipada un proceso penal, en el cual el procesado decide renunciar a la celebración de un juicio oral público, admitiendo su responsabilidad en los hechos investigados, a cambio de recibir de un juez o jueza una rebaja punitiva (Gómez, 2010, p. 135)[114].

2.2.6. Trámite procedimental[115].-

Conforme lo señala Gómez (2010), los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado deben contar necesariamente con elementos de validez y legitimación, los mismos que deben ser utilizados de manera integrativa y sistemática, conforme se verá en el desarrollo del trámite procesal de dicho instituto procesal.

a. Sujetos facultados para incoar los preacuerdos y negociaciones. –

Dicha institución procesal puede ser incoada ya sea por el procesado y su defensa o la fiscalía de oficio puede iniciar conversaciones con el procesado y su defensa a fin de arribar a un preacuerdo para

---

Si se estuviera frente a un principio dispositivo total e integral, la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales fuera 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 del debate al demandado por medio de la resistencia. En estas negociaciones, quien resuelve el proceso es un juez o jueza que en virtud de decisión de la jurisprudencia constitucional, no está obligado en todos los casos, a dictar una sentencia condenatoria (pp. 143-144)".

[114] Las negociaciones no presuponen una renuncia al ejercicio de la acción penal, simplemente apuntan a evitar la realización de una fase del proceso, el juicio, y los consecuentes actos probatorios que en él se demandan, a cambio de que se le reconozcan unos beneficios punitivos al procesado que admite su culpabilidad en los hechos imputados (Gómez, 2010, p. 135).

[115] Véase anexo 9.

posteriormente plasmarlo en un acta y presentarlo ante el órgano jurisdiccional.

Así, conforme lo señala Gómez (2010): “Las conversaciones para llegar a una negociación, pueden tener su iniciativa en la voluntad del procesado y su defensa o en la misma Fiscalía. Si surgen por parte de la Fiscalía, el procesado en acuerdo con su defensor, podrá optar por no someterse al proceso de negociación, prefiriendo de esa manera, ir a juicio” (pp. 144-145).

Cabe resaltar, como agrega el mismo autor, que terminar el proceso anticipadamente a través de los preacuerdos y las negociaciones “se trata de una potestad discrecional, toda vez que no existe obligación alguna del Estado o del acusado a iniciar conversaciones a esos fines”, esto es, el “fiscal no tiene que negociar si prefiere llevar a cabo los procedimientos del juicio*”* (Gómez, 2010, p. 145).

b. Sujetos facultados para participar en los pre acuerdos y negociaciones.

Conforme se señala en el artículo 350 del C. de PP colombiano, los sujetos facultados a participar en los preacuerdos y en las negociaciones son la Fiscalía, el imputado o acusado y su defensa. Tal interpretación se daba antes de la revisión del artículo en mención por parte del Tribunal Supremo, ya que luego de la intervención de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-516/07), la víctima también se encuentra facultada para participar en los pre acuerdos y negociaciones en busca de una reparación integral por los perjuicios causados como consecuencia del delito.

c. Oportunidad procesal. -

Los pre acuerdos y negociaciones entre el procesado y la fiscalía podrán realizarse desde que la Fiscalía sustenta en audiencia la imputación contra el inculpado hasta el inicio de juicio oral, cuando se le pregunta al acusado sobre su responsabilidad penal. En suma, el procesado tiene tres oportunidades para poder realizar los pre acuerdos o negociaciones

con la fiscalía y poder resolver su situación jurídica sin llegar a la etapa de juicio oral, a saber:

1. En la audiencia de formulación de imputación.
2. Luego de presentada la acusación escrita; y,
3. Al inicio del juicio oral.

Considero, que con buen acierto el legislador colombiano dosificó la pena a imponerse según la fase procesal en la que el procesado decida aceptar su responsabilidad penal y culminar con el proceso, conforme se verá en el punto que abordaré sobre los beneficios que se le otorga al imputado al someterse a este instituto procesal.

d. Requisito de procedibilidad. -

En los delitos donde el sujeto activo hubiera obtenido incremento patrimonial, como consecuencia de su accionar ilícito, sólo se podrá celebrar un acuerdo siempre y cuando el imputado o acusado reintegre – por lo menos – el cincuenta por ciento de lo que haya obtenido como ganancia del delito[116].

e. Objeto de negociación. –

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-516/07, señaló:

> El *objeto* sobre el cual recae el preacuerdo son los hechos imputados y sus consecuencias, y persigue que el imputado o acusado se declare culpable del delito que se le atribuye, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico,

[116] Así, en la Sentencia C-1260-05 se sostuvo: "(…) cabe recordar, que en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. Además, las reparaciones efectivas a las víctimas que puedan resultar de los preacuerdos entre el fiscal y el imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes".

> o tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena (Art. 350). De manera que los aspectos sobre los cuales versa el acuerdo son: *(i)* Los hechos imputados, o alguno relacionado; *(ii)* la adecuación típica incluyendo las causales de agravación y atenuación punitiva; *(iii)* las consecuencias del delito (art. 351, inciso 2°) las cuales son de orden penal y civil.

En esa línea de ideas podemos señalar que existen dos extremos de negociación: uno penal y otro civil, resumiéndose en lo siguiente:

- *Extremo penal.*

En cuanto al objeto penal, el artículo 350° del C. de PP de 2004 faculta a la fiscalía a negociar los cargos y las agravantes imputados, así como la tipificación de la conducta -los mismos que van a incidir en la pena final. Es decir, a cambio de una declaración de culpabilidad por parte del imputado el fiscal podrá ofrecerle, los siguientes beneficios:

- Tipificar la conducta en otra de menor pena; o,
- Eliminar algún cargo específico imputado; o,
- Eliminar alguna de las agravantes que posea la conducta que se le imputa; o
- Adecuar la tipificación de la conducta, de una manera que le permita disminuir la pena en favor del imputado.

- *Extremo civil. –*

  Este extremo de la negociación estará a cargo de la víctima, quien de acuerdo a los daños que se le ha ocasionado como consecuencia del delito, podrá arribar a un monto de reparación civil con el imputado y su defensa.

f. <u>Procedimiento. -</u>

1) El imputado y su defensa podrán realizar conversaciones y negociaciones con el fiscal y la víctima a fin de arribar a un acuerdo sobre los cargos imputados y la reparación civil.

2) Fiscalía ha de presentar el pre acuerdo arribado con el imputado, su defensa y la víctima, ante el juez de conocimiento, pero no como un simple acuerdo, sino como un escrito de acusación.
3) El órgano jurisdiccional deberá aprobar o desaprobar el acuerdo presentado por las partes.
4) Si en caso aprueba dicho acuerdo procederá a convocar a una audiencia para dictar la sentencia que corresponda.

Si los acuerdos se arriban luego de presentada la acusación el trámite es el mismo, únicamente varía el órgano jurisdiccional a quien se dirigen.

g. Beneficios premiales. -

Los beneficios otorgados al imputado por someterse a este instituto procesal van a depender de la fase en la que lo ejecute. Esto es, si lo realiza en la audiencia de formulación de imputación la rebaja será hasta la mitad de la pena imponible.

En cambio, si la decisión de declararse culpable por parte del procesado se verifica luego de presentada la acusación, la rebaja de la pena imponible será sólo en una tercera parte.

Al respecto, añade Salinas (2011), haciendo referencia al Código de laInfancia y la Adolescencia: “Sin embargo, la concesión de los beneficios premiales de reducción de la pena, está prohibida cuando se trate de los delitos de homicidio, lesiones personales dolosas, libertad sexual y secuestroen agravio de niños y adolescentes” (p. 134).

h. Aceptación total o parcial de los cargos. -

El C. de PP de 2004 colombiano faculta al imputado o acusado a aceptar parcialmente los cargos. En dichos supuestos el beneficio sólo se extenderá respecto de los cargos aceptados.

i. Participación de los sujetos procesales. -

- *Imputado.*

  En cuanto a la declaración de culpabilidad del procesado, Salinas (2011), explica:

> "Por su parte, el encausado ofrece declararse culpable, aceptando los cargos que en su contra se formulen, lo que significa[117] renunciar a su derecho a no autoincriminarse y a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.
>
> Tal renuncia, sólo será válida si se trata de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, para ello requerirá siempre del asesoramiento de su abogado defensor. Los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor se consideran inexistentes, siendo que, en caso de discrepancia con el imputado, prevalece lo que éste decida.
>
> Además, el imputado tiene la garantía de que el contenido de las conversaciones que realizó con referencia a su responsabilidad, si no llegaran a prosperar en un pre acuerdo, no serán utilizadas en su contra (p. 136).

- *Fiscalía.*

La Fiscalía por su parte, deberá evaluar las posibilidades de éxito en el evento de irse a juicio; para tal fin, deberá analizar la consistencia de su teoría del caso y contundencia de los elementos materiales de prueba que haya podido recoger en la tarea investigativa (Gómez, 2010, p. 145).

- *Defensa.*

La defensa por su parte, en relación con el proceso y su sometimiento al juicio, debe hacer un pronóstico serio acerca de la posibilidad de una condena. En ese sentido, de existir una alta posibilidad de una condena, podría lograr una

[117] Véase anexo 10.

considerable rebaja punitiva para su cliente, optando por una negociación con la Fiscalía (Gómez, 2010, p. 145)[118].

– *Juez.*

El juez se encuentra vinculado a los acuerdos de las partes, "salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales". En este sentido, no debe perderse de vista que la individualización de la pena no es parte del acuerdo y es una función que le ha sido confiada al órgano jurisdiccional.

Parece que la doctrina retoma las ideas de Mittermaier y Carmignami, toda vez que se admite que *"el tribunal puede aceptar o rechazar los acuerdos, y, según la regulación de cada país, condenar o absolver al imputado aun si ha habido acuerdo entre acusador y acusado"* (Gómez, 2010, p. 93).

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia, ha dejado claro cuál es la función que cumple el órgano jurisdiccional ante el acuerdo arribado entre las partes procesales. Así en la Sentencia N° C-394/94 ha afirmado que:

> "El acuerdo del Fiscal y el procesado es asunto que concierne directa y específicamente al Juez y por ello es razonable y ajustado a la técnica jurídica el que la ley hubiera establecido el control del acuerdo por éste. Si normalmente, cuando no hay acuerdo el Juez es quien decide sobre los aludidos aspectos, es obvio, que no debe renunciar a esa función en ningún caso, y por consiguiente, debe controlar el referido acuerdo en razón de que toca con cuestiones que pertenecen al ámbito de su competencia.

[118] Entre la Fiscalía y el imputado o el acusado pueden celebrarse acuerdos orientados a que se dicte anticipadamente sentencia condenatoria, lo que implica la renuncia a la etapa del juicio, es decir, a ser vencido en juicio. También puede aceptarse la culpabilidad al inicio de juicio oral, con lo cual este no se lleva a cabo y se procede entonces a dictar la sentencia condenatoria correspondiente. En los dos casos mencionados, corresponde al juez, bien de garantías o de conocimiento, verificar que no se hayan desconocido o quebrantado garantías fundamentales, así como que se actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión, y que el imputado o procesado se encuentra para ello asesorado por su defensor. Al respecto, el artículo 354 de la Ley 906 de 2004, impone la obligación de que en la realización de los acuerdos esté siempre presente el defensor del imputado, so pena de su inexistencia, así como que prevalece siempre lo que decida el imputado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual se dejará constancia. Sentencia C-1260/05.

Cordero (2000) señala: “La doctrina es enfática en señalar que la función del juez no es la de un mero notario que homologa un acuerdo entre partes. Se trata de una comprobación jurisdiccional (p. 307)”.

Asimismo, en la Sentencia C-1260/05 la Corte Constitucional de Colombia ha indicado cuál es la función que debe cumplir el juez a fin de que no se vulnere garantías constitucionales propias de un debido proceso, señalando que: “La posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor. Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución”.

En esa línea de ideas agrega Gómez (2010): “Muy a pesar de la conformidad, si el juez o jueza tiene dudas sobre la voluntad libre del procesado, procederá con el juicio. También procederá la absolución cuando no se encuentre acreditada la tipicidad o aparezca manifiesta cualquier circunstancia *“determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación”,* existiendo amplio consenso acerca de que, en términos generales, puede proceder la absolución cuando así se amerite” (p. 93).

- *Víctima*

En cuanto a la participación de este sujeto procesal, en su redacción original, en los pre acuerdos y acuerdos de culpabilidad, no contaba con facultades para poder ser partícipe de las negociaciones realizadas entre el fiscal y el imputado o acusado; sin embargo, posteriormente se tuvo un importante pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia C-516/07, respecto a la omisión que tuvo el legislador colombiano en cuanto a la participación de la víctima en los pre acuerdos y acuerdos de culpabilidad en el extremo de la reparación civil.

En dicha Sentencia se analizó las expresiones contenidas en los artículos 48° e inc. primero y segundo del art. 350°, que respectivamente indicaban: *"la Fiscalía y el imputado o acusado", "la Fiscalía y el imputado" y "el fiscal y el imputado"* , ya que se sostenía que dichas expresiones eran inconstitucionales por desconocer el deber que tiene el Estado de garantizar la participación real y efectiva de la víctima en el proceso penal, pues permitían que la Fiscalía y el acusado o imputado realizasen preacuerdos y acuerdos que favorecían a estos últimos, sin que las víctimas del injusto pudieran pronunciarse negativa o positivamente al respecto. Lo anterior en criterio de los demandantes configuraba una omisión relativa del legislador de naturaleza inconstitucional. En ese sentido, respeto de las expresiones acusadas observó la Corte que éstas no podían ser analizadas aisladamente, sino que era necesario situarlas en el contexto de toda la disposición en la que se insertan, para comprender a cabalidad su sentido normativo. Por lo que habrían de analizar los artículos 351 y 352 referidos a la participación de los actores procesales (Sentencia C-516/07 – F. 3-5). (El subrayado es nuestro)

Así, al realizar el estudio correspondiente, el Supremo Tribunal concluyó que la exclusión de la víctima -por parte del legislador- en dicha figura procesal vulneraba derechos fundamentales de la víctima, principalmente la tutela jurisdiccional efectiva.

Siendo ello así, y estando a que dicha omisión realizada por el legislador colombiano en cuanto a la participación de la víctima en los pre acuerdos y

acuerdos de culpabilidad se asemeja mucho al problema que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico *[específicamente en el inciso 2 y 5 del artículo 468° del CPP de 2004]*, en este apartado vamos a analizar cada uno de los argumentos sostenidos por la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-516/07 para incorporar la participación de la víctima en esta forma de concluir anticipadamente el proceso ya que sus fundamentos sumarán – aunado al análisis sistemático de las disposiciones normativas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico- a dar respuesta a nuestra interrogante principal, así como lo relacionado a la propuesta de *lege ferenda*. En ese sentido, veamos cuál fue el razonamiento realizado por dicho Tribunal Supremo:

> (…) Pues bien, el artículo 11 que tiene el carácter de principio rector del ordenamiento procesal penal establece que el Estado garantizará el derecho de las víctimas a la administración de justicia, en los términos allí predeterminados. En tanto que el literal f) del mismo precepto destaca el derecho de las víctimas *"A que se consideren sus intereses al adoptar una de decisión discrecional sobre ejercicio de la persecución del injusto".* Si bien como se anotó en un apartado anterior los mecanismos de negociación no están fundados en la aplicación de un principio dispositivo sobre la acción penal, sino en el consenso y en la disposición sobre algunos aspectos de la imputación, de sus consecuencias, y de las etapas del procedimiento, su aplicación conlleva a decisiones con enorme impacto sobre los derechos de las víctimas.

Realizando una comparación entre el ordenamiento procesal penal colombiano y el nuestro, en cuanto a las normas que garantizan el derecho de las víctimas a la administración de justicia en Colombia. En el Perú en el CPP de 2004, también contamos con normas similares a las antes referidas, como las estipuladas en el inciso 3) del art. I e inciso 3 del art. IX del Título Preliminar, las mismas que hacen referencia – respectivamente- a que los

jueces deben garantizar la igualdad procesal entre las partes, así como que el proceso penal garantiza la participación procesal de la víctima. En esa líneade ideas es importante tomar en consideración dichos puntos a fin de verificara la conclusión que arriba el Tribunal Supremo en Colombia y la Corte Suprema en el Perú. Sigamos viendo los fundamentos de la Sentencia en referencia:

> Si se observa cuidadosamente el texto de los artículos 348, 350, 351 y 352, todos ellos hacen referencia a la intervención de la Fiscalía y el imputado o acusado en la celebración de los preacuerdos y negociaciones. Las únicas referencias expresas a los derechos de las víctimas se encuentran en el artículo 348 que establece como una de las finalidades de los preacuerdos la de *"propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto",* y en el artículo 351(inciso 6°) que prevé que *"las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes".*
>
> Es evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales, ni siquiera un papel pasivo o una intervención mediada por el fiscal. Corresponde entonces establecer si tal omisión del legislador, como lo señalan los demandantes es inconstitucional.

La observación que realiza la Corte Constitucional de Colombia a los artículos 348, 350, 351 y 352 es algo que se encuentra también en la redacción de nuestra terminación anticipada peruana en el artículo 468; por ejemplo: desde el inciso 1 hasta el inciso 6 del artículo 468° del CPP de 2004 únicamente se involucra en el procedimiento al fiscal, imputado y la defensa [a fin de que

negocien sobre todos los extremos: penal y civil], recién en el inciso 7 del artículo en referencia se menciona o incluye al actor civil a fin de que pueda apelar la sentencia de terminación anticipada en el extremo civil y será la Sala de apelaciones quien responda a las pretensiones de dicha parte procesal. Mucha similitud en cuanto a la redacción de ambas figuras procesales en cuanto a la exclusión de la víctima en este tipo de procedimientos.

Y estando a que el Tribunal Supremo colombiano constató que efectivamente existe una exclusión – por parte del legislador- de la víctima en los pre acuerdos y acuerdos, afirma que, "*habiendo constatado la omisión realizada por el legislador, corresponde analizar si tal apartamiento es constitucional o no. Por lo que a fin de verificar la constitucionalidad o no de la norma en análisis es imprescindible resolver las siguientes interrogantes ya realizadas en pronunciamiento anteriores, a fin de resolver un problema como el planteado en el presente caso*". En ese sentido señal que:

> En las sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007, con el fin de examinar la constitucionalidad de algunas omisiones legislativas relativas con impacto sobre los derechos de las víctimas, la Corte adoptó una metodología consistente en resolver cuatro preguntas: (i) ¿Se excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto?; (ii) ¿Existe una razón objetiva y suficiente que justifique esa exclusión?; (iii) ¿Se genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso? y (iv) ¿Esa omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador de un deber constitucional, en este caso del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal?
>
> Para el análisis del cargo bajo examen, orientado a establecer si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa de naturaleza inconstitucional en la

> regulación de los preacuerdos y negociaciones (Arts. 348, 350, 351, 352), con poder de afectación del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo para obtener garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, la Corte aplicará el mencionado precedente. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar el problema en el ordenamiento procesal penal colombiano, radica no solo en cuanto a la exclusión de la víctima en los pre acuerdos y acuerdos, sino que su problemática era más profunda, ya que a la víctima no se le permitía apelar el acuerdo arribado entre el fiscal y el imputado o acusado, en relación a la reparación civil negociada; actuación que sí puede realizar la víctima peruana; es decir nuestro legislador – aunque de manera limitada- sí consideró a la víctima su participación en segunda instancia, vía apelación.

En ese sentido si la víctima colombiana no estaba de acuerdo con la reparación civil impuesta en el proceso penal, estando a que no contaba con facultades para participar en el acuerdo ni tampoco apelar la sentencia en dicho extremo, debía rechazar la reparación civil impuesta y acudir a la vía civil a requerir su pretensión. Hecho que agravaba la participación de la víctima en el proceso penal colombiano, pues la víctima peruana sí cuenta con facultades para apelar el acuerdo arribado entre el fiscal y el imputado y su defensa. No obstante, considero – conforme ahondaré más adelante- que excluirla de la negociación en el extremo de la reparación civil en el proceso especial de terminación anticipada vulnera derechos fundamentales de este sujeto procesal, pues como bien lo señala la Corte Constitucional colombiana y el inciso 3 del artículo IX de nuestro Título Preliminar, el Estado garantiza la participación de la víctima al interior del proceso penal.

En ese sentido, continuemos analizando los fundamentos de la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a la exclusión de la víctima en su figura procesal:

> (…) Al respecto se considera: (i) Las normas mencionadas, en efecto, excluyen a la víctima de los

> actores procesales que pueden intervenir en los preacuerdos y negociaciones. No se contempla un deber del Fiscal de consultar previamente a la víctima sobre la proposición de un preacuerdo; tampoco un deber de comunicación a la víctima de la existencia del preacuerdo una vez se logre; ni se le faculta para intervenir en la negociación; no se prevé un mecanismo de intervención oral o escrita de la víctima ante el juez competente al momento en que el acuerdo es sometido a su aprobación; al condicionar la aprobación del acuerdo por parte del juez de conocimiento a la preservación de las garantías fundamentales, no sehace explícita la extensión de ese control a lasatisfacción de los derechos de las víctimas.

A diferencia de lo estipulado por el legislador colombiano, el legislador peruano sí consideró que sería conveniente correr traslado a las partes procesales-por el plazo de cinco días- el acuerdo provisional arribado entre el fiscal y el imputado (inciso 3 del artículo 468° del CPP de 2004) a fin de que se pronuncien sobre su procedencia o formulen sus pretensiones. Pero en la práctica difícilmente se ha de rechazar una terminación anticipada ante la oposición de la víctima, tampoco se visualiza que el fiscal incorpore en la negociación con el imputado y su defensa la pretensión económica formulada por el actor civil. Por lo que, tal disposición normativa – en la práctica judicial- termina siendo letra muerta, especialmente, para el actor civil. En ese sentido, la participación de la víctima en dicho aspecto se asemeja mucho a la colombiana, pues de que sirve que la ley regule tal aspecto si en la práctica judicial termina siendo un mero formalismo. Sigamos revisando el análisis realizado por la Corte colombiana.

> (ii) No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente

> con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto. *La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del fiscal, dado que el acuerdo se basa en el consenso, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima.*
>
> Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lodesplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en elmejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar informaciónaportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecuea la verdad de los hechos y su gravedad. (El resaltado es nuestro).

En los párrafos precedentes el Tribunal Supremo colombiano, al analizar si en algún aspecto -ya sea en relación a la intervención de la Fiscalía o en relación al sistema adversarial- podría afectar la participación de la víctima en los pre

acuerdos y negociaciones, arribó a la conclusión de que la incorporación de la víctima en ese tipo de procedimientos antes de perjudicar termina beneficiando a la administración de justicia. Efectivamente, coincido con tal afirmación ya que justamente una de las finalidades de la justicia penal negociada es el descongestionamiento de la administración de justicia y si la víctima participa en dichos pre acuerdos, la sentencia que se emita –atendiendo lo postulado por la víctima- adquirirá la calidad de cosa juzgada, ya que dicha parte agraviada no apelará tal resolución.

En esa línea de ideas, resulta imprescindible realizarnos la misma pregunta en cuanto a la exclusión de la víctima en la terminación anticipada peruana: *¿incluir a la víctima en los acuerdos provisionales o la negociación misma, perjudica el sistema procesal o afecta la actuación de la fiscalía?*, creo que no, por fundamentos que desarrollaré en el siguiente capítulo.

Continúa el Supremo Tribunal colombiano señalando cuáles serían las consecuencias de excluir a la víctima de los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad, así señala que:

> (iii) Esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, que deja en manifiesta desprotección los derechos de las víctimas.
>
> (iv) La omisión implica a su vez un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Reitera la Corte que el propio código reconoce el derecho de las víctimas "*a ser oídas", y* a *"que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto"* (Art. 11 d) y f) la Ley 906 de 2004).
>
> De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre los términos del acuerdo celebrado

> entre el fiscal y el imputado o acusado, mediante el cual se puede prescindir de hechos que pueden ser relevantes para la víctima en términos de verdad y de justicia, y también puede afectar las consecuencias del delito (Art. 351 inciso 2°) con clara repercusión sobre el derecho a la reparación integral de la víctima.

Un análisis similar [pero con las consideraciones y diferencias que contiene nuestra disposición normativa] ha de realizarse respecto a la exclusión de la víctima en el inciso 2 y 5 del artículo 468°, máxime cuando nuestro sistema procesal penal, cuenta con el inciso 1 del artículo 11, donde claramente señala que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para pronunciarse respecto del extremo civil del proceso.

En esa línea de ideas, coincidimos con lo afirmado por la Corte Constitucional de Colombia, al señalar lo siguiente:

> Teniendo en cuenta que no existe necesariacoincidencia de intereses entre la fiscalía y la víctima, enla etapa de la negociación de un acuerdo, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral pueden resultar desprotegidos en esta **fasecrucial y definitoria del proceso.** *La intervención de lavíctima en esta etapa resulta de particular trascendencia para controlar el ejercicio de una facultad que envuelve un amplio poder discrecional para el fiscal, sin que con ello se afecte su autonomía ni el ejercicio de las funciones que le son propias. Resulta manifiesto que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador*

> *en la protección de los derechos de la víctima, y por ello se torna inconstitucional*[119]. (El resaltado es nuestro).

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia luego de haber analizado cuáles son las consecuencias que trae consigo excluir a la víctima y haber llegado a la conclusión que la omisión del legislador en cuanto a la participación de la víctima en los pre acuerdos y negociaciones vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima, culmina la sentencia afirmando:

> (…) Por las razones expuestas, la Corte declarará la exequibilidad condicionada, por los cargos analizados, de los artículos 348, 350, 351 y 352 en el entendido que *la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada desu celebración por el fiscal, y oída por el juez encargadode aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velarápor que el mismo no desconozca o quebrante garantías*

[119] La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la *humanización* de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La *eficacia* del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la *eficacia* del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la *solución del conflicto social* que genera el delito, y *propiciar una reparación integral* de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del *derecho de participación* en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe *ser oída* (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°). (Sentencia C-516/07).

> *tanto del imputado o acusado, como de las víctimas.* (El subrayado es nuestro).

En suma, para el desarrollo de la presente tesis y en dirección a darle respuesta al problema principal, el análisis de la jurisprudencia colombiana, resulta imprescindible. Pues, si bien los pre acuerdos y negociaciones no son la fuente inmediata de nuestra terminación anticipada (sino la "*terminación anticipada*" colombiana), la exclusión que hizo el legislador colombiano, a la participación de la víctima de los pre acuerdos y negociaciones es una situación similar a lo que se vive en nuestra terminación anticipada peruana y de manera similar – a la víctima, con dicha exclusión- se le transgrede su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que considero que las interrogantes planteadas, por el Tribunal Supremo en referencia, para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma en análisis, son válidamente aplicables a nuestro ordenamiento jurídico, conforme se verá en el siguiente capítulo.

Finalmente, para culminar este apartado respecto de la participación de cada uno de los sujetos o intervinientes procesales en los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad, hago mías las afirmaciones realizadas por Gómez (2010) en cuanto a la responsabilidad que tienen los intervinientes en los preacuerdos y negociaciones [independientemente de la participación de la víctima, la misma que ha quedado claro que sí participa, conforme los argumentos de la Corte Constitucional]:

> Todos los intervinientes en el trámite del preacuerdo y la negociación, tienen el deber de actuar con objetividad, y deben acatar la legalidad y los precedentes judiciales para que se cumpla esa finalidad de aprestigiar la administración de justicia.
>
> La Fiscalía no podrá inducir al imputado a un acuerdo bajo coacciones, falsas promesas o ilegítimos beneficios. Verificar su ocurrencia, implicaría improbar el acuerdo y ordenar su correcto trámite.
>
> El juez o jueza de conocimiento, tiene el deber de dosificar la sanción dentro de los parámetros de ley y

> verificar el respeto de las garantías fundamentales del procesado y de la propia víctima.
>
> La defensa no puede contribuir con absurdas posturas, a generar impunidad y desconfianza en la administración de justicia. Tampoco puede someter a su cliente a una negociación o alegación de culpabilidad acordada con la Fiscalía, cuando las expectativas de absolución de acuerdo con la prueba son muy altas.
>
> Faltar a los deberes profesionales, infringir la normatividad respectiva y actuar sin objetividad, puede dar lugar a responsabilidades de índole disciplinaria y hasta penal, para quienes así actúan en el trámite de los preacuerdos, sin dejar de mencionar el fracaso del procedimiento por contravenir los fines procesales.
>
> La práctica de la justicia consensuada es una situación de absoluta responsabilidad y seriedad; en su manejo y trámite, se debe actuar con transparencia, consultando intereses superiores de justicia material y respetando los derechos que asisten a los demás intervinientes.
>
> En este ámbito, no se puede propiciar la impunidad ni la injusticia, pues se estaría contrariando las finalidades que la ley le señala al instituto y por supuesto, comprometiéndose penal y disciplinariamente la responsabilidad de los intervinientes.

3. Conclusiones del capítulo. –

- Colombia cuenta con un modelo acusatorio, pero no un modelo acusatorio puro, sino con las características propias de los sistemas procesales continentales [principalmente con la característica de que la víctima posee poderes autónomos e independientes a fin de participar activamente al interior del proceso penal]. Asimismo, este modelo acusatorio

a lo continental, posee rasgos adversariales que se vislumbran de mejor manera en la etapa de juzgamiento.

- Al igual que en el proceso penal peruano, el colombiano posee una dualidad de pretensiones, una pretensión de carácter penal y otra de carácter civil.

- Con la gran reforma procesal penal colombiana [la misma que se ejecutó a través de la Ley N° 906, en el 2004], se suprimió la facultad de la víctima de poder constituirse en parte o actor civil en el proceso penal, adquiriendo este sujeto procesal el nombre de *"interviniente"*.

- En el actual C. de PP colombiano no vamos a encontrar un apartado destinado a regular la participación del actor civil -como sí lo tenía su antecesor (C. de PP del año 2000)- sino únicamente del "*interviniente especial"*. Esta situación generó diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana a fin de esclarecer cuál sería la participación de la víctima al interior del proceso penal.

- La Corte Constitucional ha tenido una importante incidencia en cuantoa la determinación de la participación de la víctima en el proceso penal. Así,ha afirmado que la denominación de *"interviniente"* no es impedimento paraque la víctima pueda tener una participación activa al interior del proceso penal. Afirmando que este sujeto procesal ocupa un papel protagónico en el proceso, que no depende del calificativo que se le atribuya (como parte o interviniente).

- La víctima en el país colombiano cuenta con amplios derechos a fin de lograr una efectiva participación al interior del proceso penal. La misma que ha sido impulsada por su Corte Constitucional, quien desde el año 2002 ha venido reafirmando -hasta la actualidad- su papel protagónico al interior del proceso penal.

- La Corte Constitucional colombiana ha dejado en claro que dicho *"interviniente especial"* tiene derecho a que se le garantice su participación en las actuaciones procesales y principalmente tiene *derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral [derechos íntimamente vinculados con la*

tutela judicial efectiva], derechos base de los cuales se desprende todo un pliego de facultades para que la víctima pueda participar activamente en el proceso penal, independientemente de su calificativo como parte procesal o como interviniente especial.

- El proceso penal colombiano cuenta con las siguientes etapas: i) *indagación; en* esta etapa luego de haber realizado las indagaciones pertinentes, el fiscal decide si archiva la investigación o formula imputación en contra del investigado. Si opta por ésta última opción, se pasa a la siguiente etapa denominada *ii) Investigación,* la misma que está conformada por dos sub fases que son: a*) la imputación* y *b) la acusación.* Realizando un símil con las etapas del proceso penal peruano, podemos afirmar que la primera se identifica con la etapa de la Investigación Preparatoria propiamente dicha y la segunda con la etapa intermedia que, en el Perú, es una fase totalmente distinta a la etapa de Investigación Preparatoria. Finalmente, la última fase es la de *iii) juzgamiento,* el cual está compuesto por las siguientes audiencias: a*) audiencia de presentación de acusación, b) audiencia preparatoria, c) juicio oral; y, d) sentencia.* Eventualmente se tramita el incidente de reparación integral, que tiene lugar luego de emitido el fallo de culpabilidad, y cuya decisión debe incorporarse a la sentencia.

- El país colombiano no ha sido ajeno a la introducción de mecanismos destinados a descongestionar su administración de justicia. En ese sentido se tiene que el país italiano con su figura procesal *"el patteggiamento"* [el mismo que había sido construido bajo los parámetros del *plea bargaining* estadounidense] tuvo influencia directa sobre la sentencia anticipada colombiana, incorporado a través del Decreto 2651, de 1991.

- El art. 37° del C. de PP de 1991, regulaba la figura procesal denominada *"Terminación anticipada".* La misma que se edificó inspirada en el *patteggiamento* italiano y el *plea bargaining* estadounidense. Y contaba con grandes semejanzas con la primera terminación anticipada peruana, la misma que se encontraba regulada en el art. 2 de la Ley N° 26320. Así como con su actual regulación (Art. 468° del CPP de 2004).

- Con la incorporación del C. de PP de 2004 colombiano, se introdujo nuevas formas de concluir anticipadamente el proceso. Así se tienen los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad. Con ello el legislador colombiano buscaba – al igual que el legislador estadounidense e italiano- descongestionar su administración de justicia, hacerla más célere y eficaz. Escenario que no habían conseguido a través de sus predecesoras.

- En la redacción original de los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad, la víctima no contaba con facultades para poder ser partícipe de las negociaciones realizadas entre el fiscal y el imputado o acusado, lo cual generó la necesidad de la intervención de la Corte Constitucional de Colombia. Quien a través de la Sentencia C-516/07 concluyó que la exclusión de la víctima -por parte del legislador- en dicha figura procesal vulneraba derechos fundamentales de la víctima, principalmente la tutela jurisdiccional efectiva, en sus diversas manifestaciones, como: El derecho a la justicia, Derecho a la verdad y a una reparación integral. Declarándose inconstitucional dicha disposición normativa que excluía la participación de la víctima.

CAPÍTULO VII. - EXAMEN DOGMÁTICO DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004: CON ESPECIAL ATENCIÓN DEL ARTÍCULO 468° Y ÉNFASIS EN LA PARTICIPACIÓN DEL ACTOR CIVIL.

1. Panorama general. –

Hasta este punto, lo desarrollado previamente ha servido para sentar las bases sobre las que edificaré mi respuesta al problema principal de mi tesis; como son: *"Los derechos de la víctima en el título preliminar del CPP", " los derechos de la víctima y del actor civil en el CPP de 2004", "el tratamiento y evolución de la terminación anticipada en el derecho comparado, específicamente en Estados Unidos (plea bargaining), en Italia (patteggiamento) y en Colombia (terminación anticipada)"*.

En ese sentido, en el presente capítulo corresponde estudiar el tratamiento y desarrollo legislativo y jurisprudencial de la terminación anticipada en nuestro ordenamiento jurídico peruano, así como analizar el problema principal que dio origen a la presente investigación. Por lo que en líneas *infra* daremos respuesta al problema principal de esta tesis. Y conforme lo indiqué en un inicio, se encuentra en nuestro propio ordenamiento jurídico, en la suma de las diversas disposiciones normativas referidas a la participación de la víctima en el proceso penal. Las referencias al Derecho comparado, nos ha servido para reforzar nuestra respuesta, pero no es determinante para la solución del problema planteado.

Así, en el capítulo primero se puso en evidencia que el legislador peruano -*de manera incoherente con los derechos que se le otorga a la víctima en el CPP de 2004 y especialmente al actor civil*- en el art. 468°, ***"omitió"*** consignar que es el "*actor civil*" quien debe participar en la negociación del objeto civil del proceso. Y tal situación ha generado que ciertos órganos jurisdiccionales -ante el vacío de la norma en análisis- opten por interpretarla y aplicarla de

manera literal, entendiendo que dicho extremo debe ser acordado por el fiscal, pese a que el inciso 1 del art 11° del CPP de 2004, señala que éste perdió legitimidad con la constitución del agraviado en actor civil.

En ese sentido, es importante recordar que resulta fundamental la participación del actor civil en la etapa de negociación de la terminación anticipada, pues al reducirse todo el proceso a una audiencia única es inevitable pensar en la no participación del actor civil en este supuesto. Pues, si el legislador le ha concedido a esta parte procesal diversos derechos en distintas etapas del proceso ***¿por qué suprimirlas en un estadio tan trascendental?***

considero que dicho problema suscitado en perjuicio del actor civil, es consecuencia de la deficiente redacción del legislador y la mala decisión del jurisdiccional de optar por la interpretación textual de la norma – ante un vacío legal- en cuanto a la participación del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada. Siendo que el mismo no guarda relación con el espíritu del CPP de 2004 y los derechos que éste reconoce a la víctima.

En esa línea de ideas, a fin de visualizar esta contradicción entre las normas de participación del actor civil que informan la gran parte de las regulaciones del CPP de 2004, en este aspecto, y, la magra o nula atribución de participación que se le ha dispensado al actor civil en el proceso especial de terminación anticipada, es necesario, analizar las normas del artículo 468° en consonancia con los principios rectores del CPP y especialmente con los dispositivos normativos constitucionales que garantizan la participación de la víctima al interior de un proceso.

Asimismo, analizaré los distintos pronunciamientos en la jurisprudencia peruana, en cuanto a las facultades de la víctima para participar en los acuerdos provisionales y negociaciones en la terminación anticipada. Así, bajo esa secuencia de análisis determinaré quién es la parte procesal que está facultada y legitimada para negociar el extremo civil del proceso. Pues de acuerdo a la línea de estudio en los capítulos anteriores, todo apunta a que dicha parte procesal es el *"actor civil".*

En suma, en los siguientes ítems demostraré que el único legitimado para negociar el objeto civil del proceso en la terminación anticipada es el actor civil y no el fiscal. Y tal aseveración cuenta con el respaldo de una interpretación sistemática desde normas con rango constitucional hasta normas procesales, así como en aplicación del principio de jerarquía normativa.

2. Antecedentes.

2.1. Fuente inmediata de la terminación anticipada.

Conforme lo he venido afirmando en los capítulos anteriores considero que la fuente directa de la terminación anticipada peruana es *"la terminación anticipada colombiana"*. Pero no todos los autores coinciden con dicha afirmación, pues algunos consideran que la fuente inmediata es el *patteggiamento italiano.* Por lo que resulta necesario explicar por qué considero que el origen inmediato de nuestra figura procesal proviene de la institución colombiana y no italiana. En ese sentido, veamos las diversas posturas en la doctrina.

Así, para el profesor Neyra (2010): "La terminación anticipada tiene sus orígenes en las fórmulas alternativas de simplificación procesal, las cuales se originan en la llamada discrecionalidad fiscal propia del *common law* estadounidense (iniciada como una práctica y luego regulada jurisprudencialmente), que se fue esparciendo en el mundo luego de la Segunda guerra mundial y que al ser recepcionado en el sistema jurídico euro continental dio paso a figuras como el *patteggiamento* italiano, el *absprache* alemán o la conformidad española, las cuales informan instituciones tales como el proceso abreviado chileno, la terminación anticipada colombiana y la peruana" (p. 465).

Por su parte, el Dr. Sánchez (2009), señala que, "este proceso especial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Ya en 1994 se introduce en nuestra legislación mediante la Ley N° 26320 solo para el delito de tráfico ilícito de drogas, teniendo como fuente directa la legislación colombiana, que a su vez se inspiró en la legislación italiana bajo la figura del *patteggiamento* regulada en su artículo 444. El legislador peruano mejora la antigua ley colombiana y

mantiene su texto, incluso, lo amplía para comprender a todos los delitos. En conclusión, tal y como está regulado en el Código Procesal Penal 2004, este proceso especial, en esencia, se inspira en el *patteggiamento* italiano" (p. 385).

Para Frisancho (2019): "La doctrina procesal es casi unánime al aceptar que el origen del procedimiento de Terminación Anticipada es la Ley italiana N° 689, de 24 de noviembre de 1981. Nuestro codificador ha abrevado directamente de la fuente italiana, específicamente de los artículos 444° al 448° del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988. También se considera, pero como fuente indirecta, el artículo 37° del Código de Procedimiento Penal colombiano" (p. 161).

Por su parte el juez supremo San Martín (2014) refiere: "Este procedimiento tiene su origen en el instituto del *"patteggiamento"* italiano, introducido por la Ley N° 689, de 24 de noviembre de 1981 (…). En el Perú, su incorporación ha tomado como fuente los artículos 444° al 448° del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 *"applicazione della pena su richiesta delle parti"* y, en segundo orden, el art. 37° del Código de Procedimiento Penal colombiano, respetándose su redacción original, que luego fue modificada por la Ley N° 81, de 2 de noviembre de 1993" (p. 1218)[120].

Bajo esa línea de ideas, el Dr. Cubas (2009) afirma que "ya en 1994 se introduce en nuestra legislación mediante Ley 26320 solo para el delito de tráfico ilícito de drogas, teniendo como fuente directa la legislación colombiana, que a su vez se inspiró en la legislación italiana bajo la figura del patteggiamento regulada en su artículo 444. El legislador peruano mejora la antigua ley colombiana y mantiene su texto, incluso, lo amplía para comprender a todos los delitos. En conclusión, tal y como está regulado en el

[120] Por su parte el profesor San Martín (2015) señala: "La fuente de este procedimiento está en los arts. 444 a 448 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 y en el art. 37 del Código de Procedimiento Penal colombiano. Este procedimiento, sin duda, tiene una marcada influencia del *Patteggiamento* italiano o aplicación de la pena a instancia de las partes, aunque el modelo nacional tiene sus propias particularidades (p. 823)".

Código Procesal Penal 2004, este proceso especial, en esencia, se inspira en el *patteggiamento* italiano" (p. 385).

Por su parte el profesor Rosas (2018), se suma a dicha postura, indicando que, "los antecedentes de la terminación anticipada lo encontramos, como se sabe, del *Patteggiamento* italiano, así como del *Plea bargaining* estadounidense" (p. 598).

Posición contraria asume el Dr. Arbulú (2015) quien indica que, "en el derecho comparado se aprecia que la terminación anticipada tiene como antecedente inmediato el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal de Colombia de 1991 que regula la denominada sentencia anticipada y que fue modificada por la Ley N° 635 DE 1997" (p. 653).

Y con una posición dual el profesor Oré (2016) refiere que, "el legislador peruano, tomando como fuente el código italiano de 1988 y el colombiano de 1991, incorporó este procedimiento especial, en el artículo 2 de la Ley N° 26320, publicada en mayo de 1994, pero limitando su ámbito de aplicación solo a algunos delitos de tráfico ilícito de drogas, los previstos en los artículo 296, 298, 300, 301 y 302 del CP. Posteriormente, en el artículo 20 de la Ley N° 28008, de 19 de junio de 2003, se reguló también este procedimiento para todos los delitos aduaneros" (p. 598).

En definitiva, conforme se puede apreciar, la gran mayoría de autores sostienen que la fuente inmediata de la terminación anticipada peruana es el *patteggiamento* italiano. Son muy pocos los que sostienen que la fuente directa es la *terminación anticipada colombiana*. Por mi parte asumo esta última postura, pues conforme he venido sosteniendo en los capítulos anteriores, considero que la fuente inmediata de la terminación anticipada peruana se encuentra en el artículo 37° del Código de Procedimientos Penales de 1991 colombiano, el mismo que fue redactado bajo la influencia del *patteggiamento* italiano, siendo este último la fuente mediata de nuestra figura procesal penal.

Tal afirmación encuentra asidero en la comparación de ambas disposiciones normativas. Por lo que, para un mejor estudio, he elaborado un cuadro comparativo entre el artículo 37° colombiano que regulaba la terminación

anticipada del proceso y el artículo 2 de la Ley N° 26320, con la que se introdujo por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico peruano la terminación anticipada, en dicho cuadro comparativo se podrá verificar la similitud en la redacción de ambas leyes. Por lo que les invito a revisar el anexo 11 de la presente tesis a fin de constatar lo afirmado en el presente párrafo.

En ese sentido, de una lectura rápida de ambos artículos, fácilmente vamos a captar la gran similitud entre uno y otro, teniendo diferencias sumamente insignificantes. Sin embargo, si realizamos tal comparación con los artículos referidos al *patteggiamento* italiano vamos a encontrar más diferencias que similitudes, para dicha comparación nos remitimos al punto 2.2.2. del capítulo V de la presente tesis.

En suma, estimo que la afirmación que realizan algunos autores en cuanto a que la fuente inmediata es el *patteggiamento,* radica en que éste es la fuente inmediata de la terminación anticipada colombiana y si Colombia se inspiró en el *patteggiamento;* entonces, de una u otra forma dicha figura procesal italiana vendría a ser la fuente inmediata también de la terminación anticipada peruana.

Pese a lo indicado, y en atención al cuadro comparativo mostrado, considero más acertada la postura que asume que la fuente inmediata de la terminación anticipada peruana es *"la terminación anticipada colombiana".* En definitiva, tenemos que la fuente original de la terminación anticipada peruana, es el *plea bargaining* estadounidense (no hay discusión al respecto en la doctrina), la fuente mediata es el *patteggiamento* italiano y la fuente inmediata es la "*terminación anticipada colombiana*".

2.2. Evolución legislativa.

2.2.1. Ley N° 26320 de 1994: terminación anticipada del proceso únicamente para delitos de tráfico ilícito de drogas.

Con la emisión de la ley 26320, el 30 de mayo de 1994, se incorporó por primera vez la figura de la terminación anticipada en nuestro ordenamiento jurídico; regulando en su artículo 2° que los delitos de tráfico ilícito de drogas previstos en los artículos 296°, 298°, 300° y 302° del Código Penal[121] podrían concluir a través de esta institución. Nótese que esta ley era aplicable únicamente para los delitos de tráfico ilícito de drogas.

Al respecto, Frisancho (2019) señala: "La Ley N° 26320 tuvo como fuente directa la legislación colombiana, que a su vez se inspiró en la normativa procesal italiana. Específicamente en la institución del *patteggiamento"* (p. 162).

[121] Ley N° 26320: Artículo 2.- Los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los Artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, podrán terminar anticipadamente. El procedimiento observará las siguientes reglas:
1. A iniciativa del Ministerio Público o del procesado, el Juez dispondrá, en cualquier momento una vez iniciado el proceso y antes que culmine el plazo de instrucción o investigación, o, en su caso, el plazo complementario, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia especial y privada, que se realizará en cuaderno aparte con la sola asistencia de dichos sujetos procesales y del abogado defensor.
2. En esta audiencia, el Fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el procesado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad.
3. Si el Fiscal y el procesado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y de la pena a imponer, así lo declararán ante el Juez, debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva. El procesado podrá condicionar el acuerdo a que no se le imponga pena privativa de libertad efectiva, cuando ello sea procedente de acuerdo a las posibilidades del Código Penal. El Juez tendrá cuarentiocho horas para dictar sentencia.
4. Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad a lo acordado por los sujetos procesales, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la reparación civil, enunciando en su parte resolutiva que ha habido acuerdo de los sujetos procesales.
5. El acuerdo entre el procesado y el Fiscal es inoponible a la parte civil. La sentencia aprobatoria del acuerdo subirá en consulta a la Sala Penal. El auto que lo deniega es apelable en un solo efecto, en el término de un día por el procesado o por el Ministerio Público. La Parte Civil sólo podrá solicitar a la Sala Penal el incremento del monto de la reparación civil.
6. En el supuesto de procesos complejos, ya sea por el número de delitos -incluidos los conexos con el tráfico ilícito de drogas, siempre que no sean de mayor gravedad que éste- o de inculpados, se requerirá el acuerdo de todos estos y por todos los cargos que se impute a cada uno. Sin embargo, el Juez podrá aprobar acuerdos parciales, siempre y cuando se trate de hechos punibles independientes, en la medida en que los procesados, individualmente considerados, acepten la integridad de los cargos que se les incrimina.
7. Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, el Fiscal y el Juez que participaron en la audiencia deberán ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia. En este caso cualquier declaración hecha por el procesado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

Artículo 3.- El inculpado que se acoja a este proceso especial recibirá un beneficio de rebaja de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que se reciba por confesión. Consultado el 27 de julio de 2020 en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/680fab804cd46672915ef3e93f7fa794/LEY+N%C2%BA+26320.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=680fab804cd46672915ef3e93f7fa794

Por su parte Salinas (2011), bajo la misma postura que asumo, sostiene que, “la comparación de este texto con el art. 37 original, del Código Procesal colombiano de año 1991, permite apreciar que existen pasajes íntegramente transcritos de la ley colombiana. Su aplicación en nuestro país, motivó las siguientes observaciones de Sánchez Velarde:

a) La disposición legal colombiana fue modificada en su país de origen, es decir: “(…) se legislo sobre la base de una legislación que ya no resultaba útil (…)”.
b) No existe una exposición de motivos que proporcione los elementos para interpretar y aplicar la ley de mejor forma.
c) Uno de los extremos en los que no se logró su aplicación uniforme fue la imposibilidad de graduar la pena” (p. 152).

De otro lado, “con la finalidad de orientar a los miembros del Ministerio Público en la correcta aplicación de este procedimiento especial, regulado por la Ley N° 26320, el 15 de noviembre de 2005, la Fiscalía de la Nación aprobó la Circular N° 005-95-MP-FN. En buena cuenta, en este dispositivo legal se regula detalladamente como deben actuar los fiscales para la aplicación de este mecanismo de simplificación procesal” (Oré, 2016, p. 598).

Recordemos que conforme se expuso en el Capítulo VI, ya para 1994 – fecha en la que por primera vez se introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la terminación anticipada, inspirada en el modelo colombiano- el artículo 37° colombiano, en el año 1993 fue modificado mediante Ley N° 81. En esa línea de ideas, nuestro ordenamiento procesal penal introducía una norma que en su fuente originaria – un año antes- ya había sido modificada y conforme iba pasando el tiempo, dicha disposición normativa seguía siendo modificada y mejorada- tanto por su legislador como por su Corte Constitucional, pero nosotros nos quedamos con el dispositivo normativo defectuoso, que a la fecha grandes cambios o avances no ha tenido.

2.2.2. Ley N° 26461 de 1995: La terminación anticipada en los delitos aduaneros. -

Posterior a la emisión de la Ley 26320, se promulgó la Ley de Delitos Aduaneros – Ley 26461–, publicada el 02 de junio de 1995, siendo la segunda ley que regulaba la terminación anticipada en nuestro ordenamiento jurídico. La tramitación de esta institución se encontraba estipulada en el artículo 24°, el mismo que contenía siete literales[122].

2.2.3. Ley N° 28008 de 2003: ley que modifica la ley N° 26461.

Posteriormente, la Ley 26461 fue modificada por la Ley 28008, publicada el 18 de junio de 2003, no realizándose modificaciones fundamentales en cuanto al tema analizado.

En este punto es importante indicar que el proceso de terminación anticipada en los delitos aduaneros contaba con una regulación especial en el artículo 20º de la Ley N.º 28008, la misma que llevaba el nombre de *"Conclusión anticipada del proceso"*[123]. La denominación que el legislador le otorgó no resultaba ser la más precisa, pues tal hecho propiciaba confusión con la *Conclusión anticipada del proceso* a la que hace referencia la Ley N.º 28122, publicada el 16 de diciembre del 2003 (Arroyo, 2016).

Al respecto, Salinas (2010), analizando la Ley N° 26320 y la Ley N° 28008 afirma: "Ambas leyes – la destinada a la terminación anticipada en los delitos de tráfico ilícito de drogas y en los delitos aduaneros – tienen las siguientes características comunes, que permiten caracterizar este primer momento:

a) *Regulación fragmentaria.* - Inicialmente, el procedimiento sólo era aplicable a específicos supuestos de Tráfico Ilícito de drogas y después a los delitos aduaneros.
b) *Unidad de procedimiento.* - La ley de contrabando recogió en gran medida las líneas directrices y la fisonomía del Procedimiento de Terminación

[122] Véase anexo 12.

[123] Véase anexo 13.

> Anticipada de drogas, realizando algunas adaptaciones secundarias (pp. 152-153).

Las particularidades de éste proceso especial en los delitos aduaneros se concretan en los incisos c), d) y e) del artículo 20º, pues dichos incisos determinan como beneficio por su aceptación la imposición del mínimo legal de la pena, en caso de reducción de la pena privativa de libertad, deberá efectuar el pago de dos veces el valor de la mercadería, incluidos el pago de los tributos dejados de pagar y los derechos antidumping o compensatorios de ser el caso, sumado al hecho que la mercadería quedará decomisada. El requisito para que el proceso especial se instaure es que se deposite el monto dentro de las cuarenta y ocho horas. Los pagos obtenidos por aplicación de terminación anticipada serán distribuidos en porcentajes a favor del denunciante, Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Administración Aduanera. (Ver Anexo I). (Arroyo, 2016, p. 15-16).

En síntesis, estos han sido los antecedentes legislativos de nuestra terminación anticipada; como se ha podido apreciar cuando por primera vez ingresó a nuestro ordenamiento jurídico estaba dirigida -únicamente- para los delitos de tráfico ilícito de drogas; posteriormente, amplió sus efectos hacia los delitos aduaneros. Y actualmente con la vigencia del CPP de 2004, dichas normas han sido derogadas, por las disposiciones normativas contenidas en el art. 468° y ss de dicho cuerpo normativo, ampliando su aplicación para todo tipo de delitos, desde los más simples hasta los más graves.

3. Concepto.

Ni la Ley Nº 26320, ni el NCPP al desarrollar los diferentes aspectos de la institución recogen una definición concreta de la terminación anticipada, sino que dejan dicha tarea al intérprete (jurisprudencia o doctrina), opción de técnica legislativa que se recoge en el brocardo latino: "*omnia definitio, in iure civile, periculosa est*" (Arroyo, 2016, p. 25).

Sin embargo, como es de costumbre la doctrina ha emitido diversos pronunciamientos al respecto, donde la gran mayoría de autores coinciden en

la definición propuesta a esta institución procesal. Así, para Neyra (2010), “el proceso de terminación anticipada es un proceso especial y una forma de simplificación procesal que se sustenta en el principio de consenso, esademás uno de los principales exponentes de la justicia penal negociada” (p.464).

Por su parte el profesor Oré (2016) refiere, “el procedimiento de terminación anticipada se define como el acto procesal por medio del cual el imputado (asesorado por su abogado defensor) acepta los hechos, el grado de participación, la calificación jurídica, la pena, la reparación civil y las demás consecuencias jurídicas del hecho delictivo atribuido, luego de llegar a un acuerdo con el fiscal” (pp. 596-597).

A dichas definiciones se suma lo sostenido por Rosas (2018), quien afirma que la terminación anticipada “es un mecanismo procesal de simplificación procesal ya que permite concluir el proceso en la primera etapa denominada de Investigación Preparatoria – y hasta hace poco también en la etapa intermedia-, sin necesidad de continuar hasta el juzgamiento” (p. 598).

En esa línea de ideas, el Dr. San Martín (2015) señala que la terminación anticipada “puede ser definido como aquel proceso especial en virtud del cual el imputado y el fiscal solicitan al juez de la investigación preparatoria que, tras el reconocimiento de la responsabilidad penal por el delito, imponga la pena prevista en el Código Penal reducida en una sexta parte” (p. 824).

Así, Frisancho (2019) afirma que, “(…) se trata de un procedimiento especial en donde la ley faculta al Fiscal y al imputado para llegar a un acuerdo en torno a la aceptación de los cargos y la correspondiente aplicación del beneficio de reducción de pena. Este acuerdo o negociación evita la continuación del proceso y es supervisado y decidido por el Juez Penal a través de la Sentencia de Terminación Anticipada” (pp. 168-169).

Se suma a dichas definiciones doctrinales la sostenida por nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. 855-2003-HC/TC, que a la letra señala que la terminación anticipada es “un acuerdo entre el procesado y la fiscalía, con admisión de culpabilidad de alguno o algunos de los cargos que se formulan, permitiéndose al encausado la obtención de la disminución punitiva.”

En conclusión, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden -con distintos matices- en sostener que la terminación anticipada del proceso vendría a ser el acuerdo o negocio entre el fiscal y el imputado. Donde por la declaración de culpabilidad, o la aceptación de cargos, por parte de este último, la ley le otorga una disminución punitiva.

Finalmente, antes de pasar al siguiente punto, debo dejar sentado que no soy partidaria de afirmar que, en la terminación anticipada peruana, se lleve a cabo una verdadera negociación en sentido estricto entre el fiscal y el imputado respecto del objeto penal del proceso. Por el contrario, considero que antes que una *"negociación entre partes"*, lo que existe es un sometimiento o un allanamiento por parte del procesado a la imputación de cargos propuesto por el fiscal.

Donde sí existiría – si en caso la víctima participara en los acuerdos provisionales o en la negociación propiamente dicha- una verdadera negociación es en el extremo civil del proceso. En dicho supuesto, *"el actor civil"* y el imputado o su defensa realizarían tratativas, negociarían la reparación civil a imponerse – al estilo norteamericano, pero en este caso respecto del extremo civil del proceso-. Ambas partes cederían a fin de llegar a un punto medio que sea beneficioso para ambos. Situación que no sucede respecto del objeto penal del proceso, ya que existe un dispositivo normativo que fija, que regla la cantidad de pena a disminuirse por el sometimiento del imputado al proceso especial de terminación anticipada. En este escenario el fiscal no puede, la ley no le permite ir más allá de la reducción de un sexto de la pena, la fiscalía no tiene facultad para reducir cargos, ni sustituir los mismos por otros menores, como sí lo puede hacer el fiscal norteamericano o el fiscal colombiano. La capacidad de discrecionalidad del fiscal peruano se encuentra disminuida y limitada por ley.

4. Naturaleza jurídica.

Este aspecto ha sido tratado por la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario 5-2009/CJ-116. Asunto: Proceso de Terminación Anticipada: Aspectos esenciales. Siendo que en su fundamento número seis refiere*:* "(…) La terminación anticipada es un proceso penal especial y,

además, una forma de simplificación procesal, que **se sustenta en el principio del consenso**. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. (…) Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP-, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél". (Énfasis añadido).

En ese mismo sentido, Reyna (2009) refiere: "La institución procesal que analizamos constituye una suerte de transacción judicial previa al juzgamiento. No es de extrañar la continua referencia en la doctrina especializada a la terminación anticipada y sus sucedáneos como manifestaciones de la justicia negociada. Y es que la terminación anticipada es, en efecto, una transacción, un acuerdo interpartes, en la medida que los sujetos procesales involucrados (Ministerio Público y acusado) se otorgan recíprocas concesiones (p. 135)".

En suma, de lo antes indicado se puede concluir que la terminación anticipada es una suerte de transacción judicial previa al juzgamiento, es una institución consensual que permite la solución del conflicto jurídico penal, en forma alternativa y hasta preferente por su rapidez y eficacia a la conclusión tradicional en un juicio público y contradictorio (Barzola, 2019, p. 272). A ello debemos de agregar, que esta naturaleza jurídica que se sustenta en el principio de consenso, no sólo permite la solución a nivel jurídico penal sino también culmina con la discusión civil, pues recordemos que nuestro sistema procesal penal abarca dos tipos de pretensiones, una de naturaleza penal y otra de naturaleza civil y la negociación se realiza respecto de las dos pretensiones.

5. Fundamentos constitucionales.

Al respecto, hago mío lo sostenido por Frisancho (2019), quien señala que:

> El fundamento constitucional de la Terminación anticipada del proceso se ubica en el modelo de Estado social y democrático de derecho establecido en la

> Constitución Política (art. 43°, 44° y 51°). No cabe duda que el derecho constitucional y el derecho penal se encuentran estrechamente vinculados desde el momento en que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado afecta la libertad de los ciudadanos y decide en torno al interés de reparación que tiene las víctimas del delito. En este sentido, las manifestaciones del *ius puniendi* estatal se deben guiar sobre la base de una política criminal respetuosa de los derechos fundamentales y la justificación de las sanciones en el marco del Estado democrático de derecho. Es decir, las concepciones meramente retributivas de la pena deben dar paso a las concepciones relativas o preventivas porque en el marco de éstas se busca más el bienestar de los ciudadanos afectados por el delito. No debe olvidarse que es deber del Estado promover el bienestar general sobre la base de la Constitución y la Ley, deber que concuerda con la posibilidad de que a través del ejercicio del *ius puniendi* se llegue a la reparación de la víctima sin dejar de lado la aplicación de la ley penal y procesal penal (en atención al interés público) (pp. 194-195).

Aquí debo destacar que mediante la terminación anticipada no sólo el imputado debe verse beneficiado con la pronta resolución de su situación jurídica, sino que también – con esa misma celeridad- se debe hacer valer el derecho de la víctima a una pronta reparación y más aún a que su derecho a la verdad y la justicia se vea efectivizado.

6. Finalidad y justificación.

En este apartado, lo que se pretende determinar es qué se busca con la terminación anticipada del proceso, para qué y por qué se incorpora esta institución procesal en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, “se afirma con frecuencia que la excesiva demora para impartir justicia puede convertirse, sin más, en una denegación de justicia. Un antiguo

brocardo resume magistralmente esta idea: *"justicia retrasada es justicia denegada".* Incluso se ha llegado a afirmar que "En el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado" (Oré, 2016, p. 594). Agrego a tal afirmación que dicha justicia a la que se hace referencia, debe llegar de la misma manera tanto al imputado como a la víctima.

En esa línea de ideas, el profesor San Martín (2014), haciendo referencia a la finalidad de la institución procesal en análisis, sostiene que "la finalidad funcional de este procedimiento *es reducir los tiempos de la causa*. Lo hace mediante formas de definición anticipada, de ahí su nombre en nuestro país, respecto a lo que ocurre en el procedimiento ordinario, aunque destacando la voluntad del imputado, puesto que el sistema procesal - explica Antonio PATRONO – concede una importancia a la fase del juicio oral en el cual el acusado puede ejercer su derecho de defensa" (p. 1219). (El subrayado es nuestro).

Por su parte el Dr. Neyra (2010), señala que, "(…) con este proceso especial se cumple el objetivo característico de la mayoría de estos procesos especiales como es *el descongestionamiento de los Juzgados*, al suprimirse el juicio oral, gracias al acuerdo al que llegan las partes en la etapa de la investigación preparatoria, obteniendo además el imputado un beneficio de reducción de la pena en una sexta parte" (p. 468). (El subrayado es nuestro).

En esa línea de ideas Sánchez (2009), refiere que la finalidad de la terminación anticipada es "*evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento* si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos de imputación el primero y obteniendo por ello el beneficio de la reducción de la pena de una sexta parte. Se trata en esencia de una *transacción penal* para *evitar un proceso innecesario*" (p. 384-385). (El subrayado es nuestro).

Por su parte Frisancho (2019), refiere que:

> Son múltiples las razones de política criminal que han llevado al legislador a introducir la terminación

> anticipada del proceso en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, se han elevado voces críticas. Entre las que están a favor de la negociación penal destacan aquellas que ven en este proceso especial una forma de *descongestionamiento de la sobrecarga de casos* penales que abarrotan los juzgados y salas penales de la república. Además, aquellas que ven en este tipo de proceso abreviado la manera en que el imputado y la propia víctima verán resuelto el caso penal, consiguiendo una resolución final el primero y, el segundo, la reparación del daño causado por el delito. (…) estas dos últimas ventajas, a su vez, se fundamentan en el deber que tiene el Estado en garantizar el bien de la sociedad y el mejor servicio a los intereses de los ciudadanos (y el imputado y la víctima no dejan de serlo). La terminación anticipada del proceso yergue sobre la base del propio modelo de Estado social y democrático de derecho establecido en la Constitución Política del Estado (pp. 157- 158).

En síntesis, la principal finalidad de la terminación anticipada es el descongestionamiento de la carga procesal en la administración de justicia. Y se justifica en atención a que a través de dicha finalidad se obtiene una justicia más célere y eficaz.

7. Fundamento material de la terminación anticipada.

A través del fundamento material de la terminación anticipada se busca dar respuesta a las siguientes interrogantes: *¿Cuáles son las razones por las que se ha de flexibilizar el principio de legalidad penal? ¿Por qué ha de otorgarse al imputado el beneficio de la disminución de la pena?*

Al respecto, Reyna (2009) sostiene que el fundamento de la terminación anticipada radica en, “el clamor constante de celeridad procesal, derivado de la comprensión del proceso penal como instrumento de realización de los derechos fundamentales, de tutela jurisdiccional efectiva y de no afectación

del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En efecto, por el lado de la víctima, quien realmente se haya tras la lesión del bien jurídico, tenemos que la dilación excesiva en la resolución del caso penal por parte del sistema de administración de justicia penal puede afectar su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. Si la tutela jurisdiccional que la víctima invoca demora en llegar, deja de ser efectiva y provoca que aquella sea nuevamente victimizada" (p. 116).

Por su parte el Dr. San Martín (2014), señala que, "el procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad muy sentida, de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal. La idea de *simplificación del procedimiento* parte en este modelo del *principio del consenso"* (p. 1218). (El subrayado es nuestro).

En relación a lo sostenido por el Dr. San Martín, Ore (2016) refiere: "Efectivamente el principio de legalidad es respetado en virtud de que no cabe la negociación respecto al título de imputación, así como tampoco está permitida que se realice una reducción de la pena más allá de lo que la norma expresamente establece (art. 471 CPP de 2004). No se trata, pues, de negociar los hechos – lo que está proscrito por nuestro ordenamiento jurídico- de lo que se trata es de negociar el monto de la pena concreta a partir del cual se realizará la reducción de la pena de una sexta parte" (p. 595).

Así, agrega el Dr. Reyna (2009) que el fundamento material de la terminación anticipada es la *reducción de etapas procesales*, en íntima conexión con el principio de celeridad procesal[124], así como la verdad procesal[125], siendo la terminación anticipada un instrumento destinado a evitar el juzgamiento.

---

[124] La exigencia de celeridad procesal en materia penal se convierte entonces en uno de los principales clamores de la ciudadanía en la medida que es justamente la excesiva duración de los procesos penales uno de los más importantes problemas por los que pasa la justicia penal de nuestros días. Sin embargo, debe procurarse que la celeridad, subyacente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sea consecuente con los postulados del debido proceso. En efecto, la garantía del juzgamiento dentro de un plazo razonable tiene por propósito no sólo evitar que la prolongación excesiva del proceso penal supongas una especie de condena informal para el procesado sino que adicionalmente pretende evitar una abreviación del juzgamiento que derive en la vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano. La idea de razonabilidad del plazo funciona en doble dirección. REYNA, L. (2009). *"La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal".* Lima-Perú: Jurista Editores. p. 148.

[125] La verdad que se obtiene en un proceso penal no es una verdad real, es una verdad construida. Es que la verdad real o verdad histórica ha quedado en el pasado y no existen formas certeras de reproducirla, por eso el proceso penal se propone, con menor pretensión, aproximarse a ella a través de

Finalmente, conforme lo sostiene Oré (2016), "el fundamento de la terminación anticipada descansa en que *permite resolver oportunamente, dentro de un plazo razonable, a la situación jurídica del justiciable*, *así como permite garantizar que la víctima sea resarcida rápidamente, evitando una revictimización*. Todo ello, naturalmente, dentro de un marco de respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los justiciables" (pp. 594-595). (El subrayado es nuestro).

Tal afirmación, por parte del Dr. Oré, es el ideal que vengo pregonando a favor de la víctima durante el desarrollo del presente trabajo – porque el tratamiento desigual que la víctima enfrenta en la práctica no se extiende al imputado-; es decir: "el tratamiento igualitario para todas las partes procesales dentro del proceso especial de terminación anticipada" y "La no revictimización del actor civil".

En términos generales, el fundamento material de la terminación anticipada radica principalmente en la reducción de las etapas procesales que se obtiene con la aceptación de cargos por parte del imputado. Se evita de esta manera llevar la causa a juicio oral, situación que se vincula directamente con la celeridad procesal.

8. Análisis del artículo 468° del código procesal penal peruano de 2004.

8.1. Panorama general. -

La reforma procesal penal en el Perú comenzó con una aplicación progresiva en los diversos distritos judiciales empezando por el distrito de Huaura, como centro piloto, con vigencia plena del CPP, desde el 01 de julio

una versión construida de la verdad (…) La simple aceptación de los cargos por parte del procesado no determina necesariamente la terminación anticipada del proceso, sino la concurrencia de elementos de convicción suficientes que determine, como verdad procesal, que el procesado es responsable de la comisión del hecho punible imputado. Debe recordarse que ya la Sala Penal permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido, en sentencia del 27 de setiembre de 2005 (R.N. N° 1388-2005, La Libertad), que la aceptación de cargos por parte del procesado exige que el "Juez valore si ésta es procedente en función a la presencia de mínimos elementos de convicción suficientemente capaces de enervar la presunción constitucional de inocencia." REYNA, L. (2009). *"La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal".* Lima-Perú: Jurista Editores. p.153, 157.

del 2006, y así sucesivamente se ha venido implementando en todo elterritorio nacional.

Si bien es cierto su implementación fue gradual, en el numeral 4º de la primera disposición final del CPP del 2004, se estableció que, a partir del 01 de febrero del 2006, entraría en vigencia en todo el territorio nacional los artículos 468º a 471º que regulan el proceso especial de terminación anticipada para toda clase de delitos. Luego el numeral 3º de la tercera disposición derogatoria estableció la derogación de todas las leyes y disposiciones que se oponían a la presente ley, por tanto, quedó derogada el proceso de terminación anticipada regulado en el artículo 2º de la ley Nº 26320 y el artículo 20º de la Ley Nº 28008, que modifica la Ley Nº 26461, debiendo en adelante concebirse exclusivamente al trámite previsto en el CPP de 2004 para todos los delitos e incluso los delitos conminados con pena de cadena perpetua. “Es por ello razonable sostener, que el nuevo modelo plantea una regulación unitaria y sistemática de los supuestos en los cuales la aceptación de cargos por parte del procesado (y la eventual negociación que la instrumenta) puede servir como base para dar fin a un proceso penal” (Salinas, 2011, p. 154).

En ese sentido, Salinas afirma (2011) que, “durante los 16 (dieciséis) años de vigencia de la Terminación Anticipada en el país, no se han suscitado demandas constitucionales sobre la legitimidad y operatividad de la institución, que permitan mejor apreciar sus límites y alcances en un contexto de protección a los derechos fundamentales, hecho que contrasta con lo sucedió en EE.UU., Italia y Colombia” (p. 155).

Efectivamente, los pronunciamientos que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido están referidos a diferentes tópicos de la terminación anticipada, pero ninguno relacionado a la naturaleza misma de la institución, ni mucho menos en relación a la legitimación de la víctima en relación a la reparación civil [problemática que ha sido planteada en el presente trabajo].

En ese sentido, en los siguientes puntos desarrollaré lo concerniente a la participación de cada uno de los sujetos procesales intervinientes, así como el procedimiento que se sigue a efectos de culminar anticipadamente el

proceso penal, para luego finalmente analizar y dar respuesta al problema principal planteado en la presente tesis.

8.2. Sujetos procesales facultados para incoar la terminación anticipada.

Para la incoación del proceso especial de terminación anticipada, se encuentran legitimados – únicamente- el fiscal o el imputado, quienes de manera individual o conjunta pueden instar este proceso especial. La norma no faculta a la parte agraviada ni al actor civil, ni al tercero civilmente responsable instar la aplicación de esta figura procesal.

8.3. Competencia

El órgano jurisdiccional competente para llevar adelante el proceso especial de terminación anticipada es el juez de la investigación preparatoria.

8.4. Oportunidad procesal.

El inciso 1 del artículo 468° del CPP de 2004, claramente señala que la oportunidad para instar el proceso especial de terminación anticipada se efectiviza desde la Formalización de la investigación preparatoria hasta antes de formularse la acusación fiscal.

Así, Frisancho (2019) señala que: "(…) la celebración de la audiencia de terminación anticipada sólo es factible cuando ya se ha iniciado formalmente la Investigación Preparatoria, lo que significa que ya se han cumplido los requisitos normados en el artículo 336° del CPP: a) Que las Diligencias preliminares que llevó a cabo el Fiscal aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si es el caso, se han satisfecho losrequisitos de procedibilidad" (p. 218).

En ese mismo sentido, Sánchez (2009) sostiene que, "para el inicio formal de este procedimiento especial se necesita contar con la disposición de formalización de la investigación preparatoria, lo cual no impide que una vez iniciada la investigación preliminar de cualquier caso (incluyendo los supuestos de flagrancia, confesión o suficiencia probatoria) se puedan ir

gestando las conversaciones previas entre el imputado, su defensor y el Fiscal" (pp. 387-388).

Es importante indicar que este punto originó una gran discusión en la doctrina, respecto de la posibilidad de aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia (así como otros problemas relativos a su aplicación). Motivo por el cual la Corte Suprema emitió el Acuerdo Plenario N° 05-2009, donde en los fundamentos diecisiete y ss. se eliminó la posibilidad de que la terminación anticipada se inste en la etapa intermedia, bajo los siguientes argumentos:

> **17°.** (…) Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (art. 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada (…).
>
> **19°.** A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de la audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°. 14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título

> Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

Bajo dichos fundamentos, los jueces de la Corte Suprema han zanjado la discusión de si procede o no la aplicación de la terminación anticipada en la etapa intermedia; sin embargo, pese a los fundamentos esgrimidos en dicho Acuerdo Plenario, en la doctrina y en la práctica judicial aún existe discrepancia en cuanto a que si corresponde o no la aplicación del proceso especial de terminación anticipada en la etapa intermedia. Así, existen dos posturas bien marcadas, aunque la práctica judicial ha dado pie a una tercera postura, ésta última con escaso reconocimiento y más extremista pero vigente aún, veamos cuáles son:

1. *Los que sostienen que la terminación anticipada –únicamente- puede aplicarse durante la fase de la investigación preparatoria propiamente dicha; es decir, desde la Formalización y Continuación de la investigación preparatoria hasta antes de la emisión o presentación del requerimiento acusatorio. En buena cuenta, durante la etapa intermedia no cabe promover la terminación anticipada del proceso.* En defensa de esta postura, asumida por la Corte Suprema, tenemos a los siguientes autores:

El Dr. Alfaro (2009), quien señala: “Estas decisiones, aunque aciertan en identificar el espíritu del que está imbuido el Código procesal penal, yerran en desconocer que el ingreso a la etapa intermedia permite recurrir a otros mecanismos de celeridad, distintos a la terminación anticipada, previstos también en el Estatuto procesal penal (por ejemplo, la conformidad con la acusación). Una propuesta como la aquí criticada desnaturaliza la institución de la terminación anticipada en tanto enfrenta su propio fundamento, va contra el texto expreso y claro de la ley, le hace perder eficacia y limita las posibilidades de uno de los sujetos involucrados en la negociación (el Ministerio Público)” (p. 179).

Por su parte el profesor Cubas (2009), afirma que, “el artículo 468.1 establece que podrá instarse la terminación anticipada una vez expedida la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria y hasta antes de formularse acusación fiscal; es decir que solo podrá realizarse durante la investigación preparatoria y por una sola vez (…)” (p. 580).

En esa línea de ideas Frisancho (2019), sostiene: “Ahora bien, en lo que corresponde al límite extremo para que el Juez de la Investigación Preparatoria pueda celebrar la audiencia de Terminación anticipada, el codificador ha indicado que es necesario que el Fiscal no haya formulado acusación. Es decir, que el Ministerio Público no haya manifestado su pretensión ante el órgano jurisdiccional decisor. Y es que, en la Acusación, tal como se regula en el artículo 349° del CPP, el Fiscal expone su teoría del caso y su pretensión sancionatoria sin que medie ninguna negociación o acuerdo con el imputado. Simplemente, solicita su castigo, en lo que concierne a la pena privativa de libertad, consecuencias accesorias y reparación civil” (p. 219).

Sumado a ello, tenemos lo manifestado por el Juez Supremo, el Dr. San Martín (2015), quien refiere que, “se discute si este procedimiento, como consecuencia de entender que se trata de la plasmación del principio de oportunidad, al ser un criterio más que lo expresa, puede ser instado en sede intermedia con arreglo al art. 350.1e NCPP. Este procedimiento, sin embargo, es la plasmación del principio de consenso procesal y como se trata de un procedimiento especial, legalmente establecido en función a sus propias reglas, no es posible derivarlo a la audiencia de control de la acusación; existiendo acusación no es posible una negociación para variar sus términos, aún fuere de modo accesorio (Sánchez). Así consta, además, en el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de 18-07-08” (pp. 825-826).

Finalmente, el Dr. Sánchez (2009), de manera bastante enfática nos explica las razones del por qué no podría aplicarse la terminación anticipada en la etapa intermedia, indicando lo siguiente:

> La oportunidad de la aplicación es de suma importancia para efectos de la finalidad de dicho proceso especial,

pues lo que se espera es que se evite un proceso común innecesario, de allí el sentido de *premiar* al solicitante con la reducción de la pena. Por la misma razón, no tendría sentido su aplicación durante la fase intermedia del proceso, además porque ya existe un requerimiento acusatorio, con exposición de pruebas, propuesta de pena y reparación civil, lo que hace muy difícil la postura fiscal para efectos de la *negociación* con la defensa, quien además podría sentirse en mejores condiciones para lograr el acuerdo.

De otro lado, la norma procesal es bastante clara para entender que solo se aplica *antes* de la acusación y el hecho que en el artículo 350.1 e) cuando trata de la notificación de la acusación, permite a las partes a *instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad,* no significa que se refiera a la terminación anticipada que regula el art. 468 y siguientes de la ley procesal, sino a la posibilidad de que el imputado pueda plantear un supuesto de oportunidad previsto en el artículo 2 (último párrafo) de la misma ley procesal (acuerdo notarial). Cuando la Corte Suprema establece como doctrina legal que los "rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho de que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos" está resaltando el origen común que tiene estas instituciones dentro de los supuestos de oportunidad que la legislación regula – como lo es también el principio de oportunidad del art. 2 y el proceso de colaboración eficaz – en las cuales se aplican fórmulas de consenso; lo que también se menciona en la citada sentencia suprema cuando expresa que "el principio de consenso

> comprende ambos institutos procesales aunque en diferente intensidad y perspectiva.
>
> Consideramos importante tener en cuenta que la terminación anticipada del proceso constituye un proceso especial, con reglas propias que deben de cumplirse debiendo evitarse interpretaciones que puedan afectar el texto claro del art. 468 del código y desnaturalizar su procedimiento. En todo caso, el tema puede generar debate, pero deberá ser evaluado a la luz de hacer a la justicia penal más eficaz y oportuna sin dejar de lado la naturaleza propia de las instituciones (p. 388).

2. *Por otro lado, tenemos los que afirman que existiendo una acusación fiscal y no habiéndose oralizado la misma, aún puede incoarse la terminación anticipada.* El principal defensor de esta postura es el juez Giammpol Taboada Pilco. Así, en el Exp. N° 3356-2011-43, del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, refirió:

> 1.7. No existe ningún obstáculo legal para que los sujetos procesales puedan incoar el proceso especial de terminación anticipada, por el periodo comprendido entre la expedición de la disposición de formalización de investigación preparatoria hasta la formulación (escrita y oral) del requerimiento de acusación en la audiencia preliminar, como lo prevé el artículo 468.1° del CPP. Los requerimientos -entre ellos el de acusación- en términos generales constituyen sólo pedidos que el fiscal dirige al juez instando un pronunciamiento sobre un determinado acto procesal, como así se entiende del artículo 122.4° del CPP. No es la formulación escrita del requerimiento de acusación, lo que hace precluir la posibilidad de incoar la terminación anticipada, sino en rigor, cuando el

> fiscal formula oralmente aquella acusación escrita en la audiencia preliminar, promoviéndose el debate y la expedición de diversas decisiones judiciales sobre el control de la acusación a efectos de la realización de un juicio saneado. *En otras palabras, desde la formalización de investigación preparatoria y hasta la instalación e inicio de la audiencia preliminar de acusación, las partes podrían instar por última vez una terminación anticipada, pues en estricto, el fiscal no habría formulado completamente la acusación en su fase oral,* operando en la práctica que el debate originario de control de acusación sea sustituido por el debate del acuerdo de terminación anticipada. Este nuevo escenario discursivo (de acusación a terminación anticipada), generaría a su vez dos alternativas excluyentes: si el juez aprueba el acuerdo de terminación anticipada, el proceso concluiría con la expedición de un sentencia condenatoria, deviniendo en innecesario el debate de la acusación por sustracción de la materia; por el contrario, si el juez desaprueba el acuerdo de terminación anticipada, el proceso continuaría, deviniendo en obligatorio el debate sobre el control formal y sustancial de la acusación de cara a su transición a la etapa final del juicio, en cuyo caso, las partes todavía tendrían habilitado el procedimiento consensual de la conclusión anticipada reconocida en el artículo 372.2° del CPP, desarrollada en extenso en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio del dos mil ocho. (El resaltado es nuestro).

En similar razonamiento, pero sin hacer el relieve de la *"oralización de la acusación fiscal"*, encontramos a los siguientes autores:

El Fiscal Supremo Chinchay (2010), al respecto, afirma: "Resulta incoherente, ilógico e irrazonable que se permita la procedencia de los criterios de

oportunidad en la etapa intermedia, pero que se niegue la posibilidad de instar la terminación anticipada, tanto más si estas dos instituciones se fundamentan en el principio de consenso. Y es que si no se permitiera un Derecho penal premial (terminación anticipada) cuando se ha presentado acusación, puesto que ya se pasó a una etapa que se basa en el principio de contradicción, entonces tampoco se debería permitir la aplicación de un criterio de oportunidad" (p. 25).

Por su parte el profesor Rosas (2018), señala que se encuentra: "Totalmente de acuerdo con Ibarra Espíritu, cuando argumenta que el operador del Derecho no debe mantenerse ajeno a esta realidad, debe de contribuir con los instrumentos que tenga a la mano. Existiendo la terminación anticipada, ésta debe ser considerada desde un primer momento. Si se venció la investigación preparatoria y no hubo oportunidad para realizarla, debería intentarse por última vez en la audiencia preliminar. Esto, como reiteradamente se dijo, evitaría congestionar los despachos judiciales – aclarando que los fundamentos de la terminación anticipada no deben buscarse aquí, sino en razones de política criminal y en la consolidación de un sistema respetuoso de los Derechos Humano" (p. 599).

En esa línea de ideas, el Dr. Oré (2016), nos explica lo siguiente:

> Consideramos que sí es posible la aplicación de la terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso, pues resultaría inconveniente que se continúe con un proceso en el que tanto el fiscal como el imputado ya no quieren persistir en la contraposición de sus pretensiones, sino que, por el contrario, quieren consensuar y poner fin al proceso
>
> Entender lo contrario significaría perder de vista una de las finalidades político criminales del Código Procesal Penal de 2004, que no es otra que la composición oportuna del conflicto, es decir, solucionar el problema de manera eficaz y eficiente, siempre dentro del marco de la legalidad

> Abona a esta posición el principio de economía procesal – que se traduce en el ahorro de dinero, tiempo y esfuerzo-, según el cual las actuaciones procesales deben realizarse en el tiempo más corto posible, siempre bajo el irrestricto respecto de los derechos fundamentales. En igual sentido, el principio de celeridad procesal busca obtener el mayor resultado con el mínimo de empleo de actividad procesal. En consecuencia, en aplicación de estos principios debe permitirse la procedencia de la terminación anticipada en la fase intermedia" (p. 605).

3. *Y finalmente, tenemos la última postura, planteada por algunos jueces de la Corte Judicial del Callao, quienes manifiestan que la terminación anticipada puede aplicarse luego del control formal de acusación fiscal. Así, a modo de ejemplo se tiene el Exp. N° 4273-2019 del quinto Juzgado de Investigación Preparatoria, donde el juez a cargo Fernando Valdez Pimentel, decidió aplicar la terminación anticipada luego de haberse efectuado el control formal de acusación. Del mismo parecer es la jueza del tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Transitorio, Gisella Huaytalla Pillaca, quien resolvió del mismo modo en el Exp. N° 1611-2019, bajo los siguientes argumentos: "*Que conforme lo estipula el literal "e" del artículo 350 del Código Procesal Penal, existe la posibilidad de arribarse a un criterio de oportunidad, en ese sentido y atención a que la terminación anticipada es un criterio de oportunidad visto de manera amplia, no tiene sentido continuar con el proceso cuando las partes han expuesto la voluntad de arribar a una salida alternativa".

Al respecto, debo resaltar que descarto por completo esta última postura, extremista y sin respaldo normativo, doctrinario, ni jurisprudencial. Asumir, tan a la ligera que la terminación anticipada es un criterio de oportunidad es una afirmación que va en contra de la finalidad, la justificación y del fundamento material de la terminación anticipada.

Más aún si se tiene en cuenta que el principio de oportunidad está dirigido a determinados delitos, donde la pena no supere los 4 años de PPL, donde no exista ningún interés público gravemente comprometido y entre otros aspectos que se detallan en el art. 2 del CPP de 2004. En suma, destinado a delitos de escasa alarma social. Sin embargo, la terminación anticipada procede para todo tipo de delitos. Siendo esta una de las tantas diferencias entre ambas instituciones que no permite asimilar una a la otra.

En ese sentido, conforme lo he venido exponiendo mi persona asume la primera postura pues considero que no es posible incoar o instar la terminación anticipada durante la etapa intermedia, principalmente en atención al fundamento material de dicha institución, que es la disminución de la pena como consecuencia del recorte de las etapas procesales. Ya que, considero que el beneficio premial que se le otorga al imputado, es justamente con la finalidad de reducir las etapas procesales, las mismas que tienen incidencia directa con el principio de celeridad procesal.

Así, lo que se busca con esta institución y en base al principio antes indicado es acortar los actos procesales, para así aligerar y hacer más rápida la administración de justicia. Entonces, si se le va a otorgar al acusado (ya no imputado) la misma disminución de pena cuando ya existe una acusación fiscal, se traería abajo el fundamento material antes referido. En todo caso, si se desea continuar aplicando dicha institución procesal en una etapa posterior a la que la ley y la Corte Suprema han sostenido, la reducción de la pena debe ser acorde a la etapa en la que se ejecuta.

Por último, asumiendo una postura más flexible podríamos dejar abierta –conforme lo sostiene el profesor Sánchez Velarde- la discusión de si procede o no la aplicación de la terminación anticipada bajo la postura asumida por el juez Taboada Pilco, pero de ninguna manera en relación a lo sostenido por lo referidos jueces de la Corte Superior de Justicia del Callao.

8.5. Beneficio premial. -

El beneficio que se le otorga al imputado por acogerse a la terminación anticipada del proceso es la reducción en un sexto de la pena

concreta. Esta reducción no solo alcanza a la pena privativa de la libertad; sino a las distintas clases de pena; es decir: penas restrictivas de la libertad, limitativas de derecho y multas, de conformidad con lo señalado en el primer párrafo del artículo 471 ° del CPP de 2004, concordante con el artículo 28 del Código Penal. Asimismo, dicho beneficio será adicional y se acumulará al de la confesión; siempre y cuando ésta sea útil y con anterioridad a la celebración del proceso especial.

Mayores detalles lo encontramos en el Acuerdo Plenario N° 5-2009. Proceso de Terminación anticipada: Aspectos esenciales. Específicamente, en los fundamentos 13 y 14, donde se señala que:

> **13°.** La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad. El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.
> **14°.** El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en

> tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación. Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión. (El subrayado es nuestro).

Asimismo, se podría considerar como un beneficio para el imputado el carácter privado de la audiencia de terminación anticipada, pues ésta garantiza que su causa no se ventile. Así, en cuanto al carácter privado de la audiencia especial de terminación anticipada el AP N° 05-2009, en la parte final del fundamento ocho ha afirmado que, "(…) es claro, por lo demás, que la audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente".

Finalmente, el Frisancho (2019) nos explica el porqué del carácter privado de la audiencia, señalando que: "La audiencia de terminación anticipada es privada porque en ella se negocia la aceptación total o parcial de los cargos que se imputan al investigado a cambio de la reducción de la pena solicitada por el Fiscal. Si esto fuera público, no cabe duda que las personas que no

conocen este mecanismo de descongestión procesal o que abogan por una postura talional o ultra represiva del Derecho penal alzarían su voz deprotesta. Tacharían al proceso de terminación anticipada de mecanismo de impunidad o trato benigno en contra de los delincuentes, así sea por aquellosdelitos de escasa gravedad" (p. 221).

8.6. Ámbito de aplicación. –

Esta figura procesal, desde su redacción inicial –art. 471 del CPP de 2004[126]-, es aplicable para todo tipo de delitos, no existe restricción alguna en su aplicación. Procede tanto para los delitos más simples como para los más graves. Así, al respecto, Oré (2016) señala que, "este procedimiento especial de terminación anticipada fue introducido en el ordenamiento jurídico procesal nacional para ser aplicado de manera excepcional a determinados hechos delictivos, de menor gravedad, pero de elevada incidencia. Esta

---

[126] Así su primera redacción fue la siguiente: ***Artículo 471 Reducción adicional acumulable.-*** *El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión.*

La primera modificación a este artículo se efectuó el 19 de agosto de 2013, a través del artículo 3 de la Ley N° 30076 y el 20 de agosto del mismo año, mediante la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley Nº 30077, agregándose los siguientes párrafos:

"(...) ***La acumulación no procede*** *cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso solo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.*
La reducción de la pena por terminación anticipada no procede *cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella."*
Posteriormente, mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1382, publicado el 28 de agosto de 2018, se agregó el siguiente párrafo: *"La* ***reducción de la pena por terminación anticipada tampoco procede*** *en el caso del delito previsto en el artículo 108-B del Código Penal."*

Finalmente, el 18 de junio de 2019, el presente artículo tuvo su última modificación a través de la Quinta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30963**,** quedando redactado de la siguiente manera:
"Artículo 471. Reducción adicional acumulable
El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión, en tanto esta sea útil y anterior a la celebración del proceso especial.
La acumulación no procede cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso solo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.
La reducción de la pena por terminación anticipada no procede *cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella, o por el delito previsto en el artículo 108-B o por cualquiera de los delitos comprendidos en el Capítulo I: artículos 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal".*

opción político criminal del legislador nacional se mantuvo vigente hasta que se expidió el CPP de 2004, que regula este procedimiento especial sin establecer ninguna limitación, siendo actualmente aplicable de manera general a todos los delitos (arts. 468 al 471)" (p. 598).

La restricción se circunscribe en cuanto a los beneficios que otorga esta institución; esto es, en cuanto a la reducción del sexto de la pena, pues no procederá dicha reducción para determinados delitos. En esa línea de ideas, tal regulación ha sido reafirmada por el Acuerdo Plenario N° 5-2009, en su fundamento 7, que a la letra señala: "(…) Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos –ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria (…)".

8.7. Trámite procedimental

El art. 468° del CPP de 2004, en el inciso 1 y 2, establece que tanto el fiscal como el imputado podrán solicitar la celebración de una audiencia de terminación anticipada. Ya sea de manera individual o de manera conjunta. Resaltando que sólo podrán requerirlo *"una sola vez"*.

Entonces, tenemos que el trámite procedimental se inicia con el requerimiento individual o conjunto por parte del imputado y/o del fiscal, dirigido al juez de investigación preparatoria. Con dicha solicitud se procederá a formar un cuaderno aparte, lo que no debe entenderse como si fuera un mero incidente, ya que conforme lo señala la Corte Suprema, el proceso especial de terminación anticipada es un *"proceso penal autónomo"* [AP 5-2009/CJ-116: Asunto: Proceso de Terminación anticipada: Aspectos esenciales. F. 6]

Generalmente, la solicitud es presentada de manera conjunta entre el fiscal y el imputado, asesorado por su defensa. Es decir, dichos sujetos procesales realizan reuniones informales [conforme les faculta el inc. 2 del art. 468], arriban a un acuerdo provisional, lo plasman en un acta, lo suscriben y presentan dicho acuerdo al órgano jurisdiccional. En algunas ocasiones, hacen parte -de dichas reuniones informales- a la víctima; para ello, el fiscal le notifica con la fecha y hora de la reunión informal, para que así pueda arribar a un acuerdo con el imputado acerca de la reparación civil. Y conforme

veremos más adelante tal situación trae consigo grandes beneficios para las partes y -especialmente- para la administración de justicia.

En ciertas ocasiones el imputado – generalmente- presenta una solicitud ante el órgano jurisdiccional a fin de poder someterse al proceso especial de terminación anticipada, pero tal situación no es muy frecuente, pues conviene a los sujetos procesales tener reuniones previas para arribar a un acuerdo e ir con una propuesta ya establecida al órgano jurisdiccional, antes que en plena audiencia recién comiencen con las negociaciones, lo cual haría más tediosa e impredecible la audiencia de terminación anticipada. Pero en todo caso si se diera el supuesto de una solicitud individual, ello es válido y procede conforme la ley lo estipula. Así, estando a dicho pedido del imputado, es requisito imprescindible que el fiscal manifieste su voluntad de continuar con dicho trámite y no se oponga, pues sino el proceso penal continúa su cauce (inc. 2 del art. 468°).

En ese sentido, ya sea a través de un acuerdo provisional [lo presenta el fiscal a través de un requerimiento] o una solicitud simple por parte del imputado o fiscal, dicho documento se pone a conocimiento de todas las partes procesales [considero que debió utilizarse el término *"sujetos"* procesales antes que partes, pues recordemos que por la fase en la que se realiza este trámite, puede que el agraviado u otros sujetos procesales aún no se hayan constituido como parte procesal y no por ello, deberían ser excluidos de la notificación de la solicitud o requerimiento fiscal de terminación anticipada del proceso] por el plazo de cinco días a fin de que puedan manifestar una posición jurídica al respecto y formular sus pretensiones (inc. 3 del art. 468°).

Vencido el plazo, habiendo -los sujetos procesales- manifestado o no su posición ante el requerimiento fiscal o la solicitud de sometimiento al proceso especial de terminación anticipada, el juez fijará día y hora para la celebración de una audiencia especial, destinada únicamente a ese fin. Para la instalación de la audiencia la norma señala que es obligatoria la presencia del fiscal, el imputado y su defensa y que la presencia de los demás sujetos procesales es facultativa.

Una vez instalada la audiencia, el fiscal procede a presentar los cargos contra el imputado, en base a los elementos de convicción, recabados durante la investigación preparatoria. Acto seguido, el juez preguntará al imputado si acepta o no los cargos imputados, y éste último tendrá la posibilidad de aceptar en todo o en parte, o rechazar la imputación realizada por el fiscal. Seguidamente, el juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias que trae consigo el someterse al proceso especial de terminación anticipada.

Así, conforme lo explica la Corte Suprema, "el juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo al que puede llegar" [AP 5-2009/CJ-116. F. 8], que está renunciando –principalmente- su derecho a la presunción de inocencia y de llevar su causa a juicio oral. Asimismo, el órgano jurisdiccional debe verificar que el consentimiento del procesado es libre y voluntaria, que no es realizado bajo presión ni está siendo amenazado para declararse culpable. En esa línea de ideas, "el consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario -sin presiones o amenazas-, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo". [AP 5-2009/CJ-116. F. 8, último párrafo]. Entonces, al igual que en el *plea bargaining* estadounidense, el juez peruano debe verificar que la declaración de culpabilidad del procesado es voluntaria e inteligente.

Seguidamente, los demás sujetos procesales podrán expresar sus posiciones al respecto. Luego el juez instará a las partes a que arriben a un acuerdo (inc. 4. Del art. 468°), para lo cual el juez suspenderá por breves minutos la audiencia. Si en caso hubo reuniones previas entre los sujetos procesales, lo único que harán será reafirmar lo sostenido en el acuerdo provisional; sino tendrán que arribar a un acuerdo en dicha audiencia.

Retomada la audiencia, el juez preguntará a las partes si han llegado a un acuerdo, y si todos manifiestan que sí. Fiscal, actor civil y defensa expondrán el acuerdo al que han arribado, seguidamente el juez preguntará al procesado

si está conforme con dicho acuerdo. Dicho acuerdo expuesto –principalmente- debe tener lo que en la práctica llaman *"la doble conformidad"*; es decir, tanto el imputado como su defensa deben ir en el mismo sentido, ambos deben manifestar su aprobación respecto del acuerdo, en todos sus extremos (circunstancias del hecho punible, pena, reparación civil y consecuencias accesorias). En el inc. 5 del art. 468, se señala que incluso el fiscal puede arribar a un acuerdo con el imputado sobre la no imposición de una pena privativa de la libertad efectiva, siempre de acuerdo a lo señalado en la ley penal.

En ese sentido, señala la Corte Suprema que, "si es que las partes arriban a un acuerdo – que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena" [AP 5-2009/CJ-116. F. 9]. Dicho control se extiende al extremo de la reparación civil. Así, los Jueces Supremos, refieren que:

> El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:
>
> **A.** El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.
> **B.** El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad –esto es lo que se denomina "pena básica"-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil –siendo del caso resaltar que en este extremo prima

por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.

C. La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente –probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y (ii) que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del quantum de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, **sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo**. [F. 10 y 11 del AP 5-2009/CJ-116] (El resaltado es nuestro).

En ese sentido, se tiene que el acuerdo al que arribe el fiscal, el imputado y su defensa (consideramos que también debe considerarse parte del acuerdo al actor civil, respecto del objeto civil del proceso) debe ser tanto de la pena (en sus distintas manifestaciones), las consecuencias accesorias y respecto de la reparación civil, pues si no existe acuerdo respecto de esos tres puntos, el juez a cargo ha de rechazar la propuesta planteada y ordenar que se continúe el trámite vía proceso común y aplicar lo estipulado en el art. 470° del CPP, relativo a la declaración de inexistencia en relación a lo manifestado por el imputado, a fin de que no sea utilizado en su contra.

9. Hacia una reconstrucción normativa del papel de la víctima en la terminación anticipada: Análisis de la participación del actor civil.

9.1. Panorama general. -

En el capítulo II del presente trabajo, se estableció cuáles son los derechos que nuestro legislador le ha asignado al agraviado y al actor civil en el proceso penal. Sin embargo, si revisamos las normas que regulan la terminación anticipada, así como el AP 5-2009, podemos aseverar que de manera incoherente con el espíritu del CPP de 2004 – *en relación con la corriente del redescubrimiento de la víctima*-, la participación del actor civil – ni del agraviado- no ha sido ***regulado de manera literal,*** por el legislador ni a nivel de los acuerdos provisionales que realiza el fiscal con el imputado y su defensa, ni en la etapa central de la terminación anticipada: *"la negociación".* Únicamente, se ha consignado su participación a efectos de que pueda apelar si no se encuentra de acuerdo con el monto por concepto de reparación civil, arribado entre el fiscal, el imputado y su defensa técnica.

Llama la atención, que el legislador haya omitido incorporar la participación del actor civil en la etapa de negociación en la terminación anticipada, cuando en el inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004, se indica de manera clara que "***una vez que el agraviado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso"***. Tal omisión, va en contra de las facultades que el propio legislador ha otorgado al actor civil, a efectos de que participe activamente en distintas etapas del proceso y cómo no hacerlo en un estadio crucial, donde todo el proceso se reduce a una única audiencia.

Por lo que, siendo ello así, resulta sumamente ilógico pensar que el actor civil no pueda participar en las negociaciones de la terminación anticipada. En esa línea de ideas se encuentra redactado el texto del inciso 4 del artículo 468° del mismo cuerpo de leyes, donde se pone en cuestión lo estipulado en el inc. 2 y 5 del art. 468°, en relación a la participación de la víctima en el proceso especial de terminación anticipada, ya que de dicho inciso se desprende que

todas las partes (fiscalía, actor civil e imputado) han de participar en la negociación, a fin de arribar a un acuerdo. Sin embargo, ello se contradice con lo estipulado en el inc. 2 y 5 del art. 468° del CPP. En ese sentido, pasaré a realizar el análisis correspondiente de los incisos cuestionados.

9.2. Análisis de los incisos 2 y 5 del artículo 468°: limitaciones que presenta el actor civil a efectos de participar en la etapa de negociación de la terminación anticipada.

En el presente apartado corresponde analizar cuál es la participación que el legislador peruano le ha otorgado al actor civil en el procedimiento de terminación anticipada. Si ésta es acorde con el derecho asignado en el inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004. En ese sentido, revisemos el artículo referido a la aplicación de la terminación anticipada; esto es, el artículo 468°, -desde la perspectiva de la participación del actor civil- el mismo que a la letra señala:

> **Artículo 468 Normas de aplicación. -** Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:
>
> **1.** A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte.
>
> **2.** El **Fiscal y el imputado** podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales. En todo caso, la continuidad del trámite

requiere necesariamente la no oposición inicial del imputado o del Fiscal según el caso

3. El requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones.

4. La audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. Es facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales. Acto seguido, el Fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la Investigación Preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad. A continuación, el imputado se pronunciará al respecto, así como los demás sujetos procesales asistentes. **El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo,** pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día. No está permitida la actuación de pruebas en la audiencia de terminación anticipada.

5. Si el **Fiscal y el imputado** llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta

> respectiva. El Juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia.
>
> **6.** Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutiva que ha habido acuerdo. Rige lo dispuesto en el artículo 398.
>
> **7.** La sentencia aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. Los demás sujetos procesales, según su ámbito de intervención procesal, pueden cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil. En este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil. (El resaltado es nuestro)

Así, conforme la redacción actual del artículo 468° del CPP de 2004, se desprende lo siguiente:

a. *El fiscal y el imputado, están facultados para celebrar reuniones preparatorias informales y arribar a un acuerdo provisional sobre la pena y la reparación civil,* ***excluyendo la participación del agraviado o del actor civil****, cuando el único legitimado respecto de la acción civil es el actor civil y no el Ministerio Público (inciso 2).*

En este punto es importante recordar lo desarrollado en el punto 5 del Capítulo III, donde se resaltó la novedad que trae consigo el CPP de 2004, que a diferencia del C. de PP de 1940, se regula literalmente -en el inciso 1, del art. 11- que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para pronunciarse respecto del objeto civil del proceso.

Bajo esa línea argumentativa, la Corte Suprema ha reforzado tal regulación en la Casación N° 655-2015/Tumbes, donde en razón del análisis de la obligatoriedad de notificación a la parte agraviada a fin de que cuente con la facultad de elegir si acude o no a la audiencia de terminación anticipada, resaltó la importancia de la víctima en el proceso penal, así como lo estipulado en el inc. 1 del art. 11° del CPP, afirmando lo siguiente:

> F.17. (…) es evidente la importancia del actor civil, ya que es el órgano o la persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial por la comisión de hechos delictivos imputados al autor; su naturaleza jurídica es de índole civil, el interés que persigue es económico y se requiere de toda una formalidad para su intervención en el proceso penal.
>
> F. 18. (…) El artículo 98, de la referida norma procesal, se establece que: "La acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación civil y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito".
>
> F.19. La constitución de actor civil genera no solo la facultad de formular pretensión resarcitoria, sino que produce el cese de la legitimación del Ministerio Público en la pretensión civil, conforme se establece en el artículo 11.1 del Código Procesal (…). (El subrayado es nuestro).

Tal fundamento, se mantuvo en la Casación N° 780-2015/Tumbes, realzándose nuevamente, que la importancia del actor civil en el proceso penal, así como el cese del Ministerio Público, ante la constitución del agraviado en actor civil, de conformidad con el inc. 1, del art. 11 del Código adjetivo.

En ese orden de ideas, debemos dejar en claro que en dichas Casaciones los Jueces Supremos analizan la participación del agraviado y del actor civil en el escenario del proceso especial de terminación anticipada. En ese sentido, se entiende que la importancia del agraviado y más aún del actor civil no sólo radica en el proceso común sino también en un proceso especial como lo es la terminación anticipada. Siendo ello así, queda claro que para la Corte Suprema la participación de la víctima en el proceso penal (común o especial) es de suma importancia, análisis que deslegitima la redacción del inciso 2 del art. 468°.

Suma a dicho análisis, lo sostenido por el Dr. Ugaz (2019) quien afirma que, "el Código procesal penal, al hacer referencia a las reuniones previas informales entre el Fiscal y el imputado alude a la etapa de negociación entre ambos sujetos procesales. Sin embargo, cabe reconocer una fase previa de pre-negociación que debe producirse entre el Fiscal y la víctima (constituida o no en actor civil) y el abogado defensor con su patrocinado, destinada a lograr que ambos conozcan los intereses de las partes en conflicto". Así, el autor en referencia, es partidario -al igual que nosotros- de la incorporación, no sólo del actor civil, sino también del agraviado en la etapa de los acuerdos provisionales entre el fiscal y el imputado.

b. *Del inc. 3, del art. 468° se desprende, que ante el requerimiento fiscal o ante la solicitud del imputado de concluir el proceso mediante la terminación anticipada (ya sea existiendo o no un acuerdo provisional entre el fiscal e investigado), el actor civil podrá formular su pretensión resarcitoria en el plazo de cinco días. Pero, se entiende (y la práctica judicial lo confirma) que lo que alegue en su absolución es adicional y secundario respecto de los acuerdos o negociaciones realizadas entre el imputado y el fiscal, más no vinculante y de ningún modo, será incorporado a los términos del acuerdo provisional que se someterá al control de legalidad, y solo podrá ser considerado una pretensión de la cual el actor civil tiene la expectativa de que su pretensión sea considerada por el órgano jurisdiccional.*

Respecto de lo regulado en el inciso antes indicado, se tiene que dicha disposición normativa, para el actor civil es letra muerta, es un mero

formalismo que sirve de asidero al legislador y al órgano jurisdiccional a fin de afirmar que no se tiene por excluida a la víctima en el proceso especial de terminación anticipada. Ya que en la práctica – conforme se reveló en las Casaciones N° 655 y 780 - Tumbes, ambas del año 2015, frecuentemente, a la víctima, no se le comunica la posibilidad de que el proceso pueda concluir a través de una terminación anticipada del proceso, recortándosele el derecho de poder plantear una posición jurídica en el plazo que la ley le otorga; esto es, los 5 días. E incluso cuando se le otorga dicha facultad de absolución, lo alegado por el actor civil – y peor si sólo se encuentra en calidad de agraviado- en poco o nada suma al acuerdo arribado entre el fiscal, el imputado y su defensa, debido a la valla del inc.2 del artículo en análisis.

Por lo que para darle contenido al inc. 3 del art. 468° se requiere la incorporación literal del actor civil en los inc. 2 y 5 del art. 468, a fin de que pueda negociar el extremo para lo cual se ha constituido como parte procesal; esto es, el extremo civil del proceso.

c. *Del contenido del inciso cuarto, se desprende una contradicción con lo regulado en los incisos 2 y 5, en relación a la participación del actor civil en las negociaciones, pues si bien es cierto, inicialmente se plantea que es facultativa la concurrencia de los sujetos procesales distintos al fiscal, imputado y su defensa técnica,* ***en el párrafo final se precisa que el acuerdo deberá realizarse con la intervención de todas las partes procesales presentes en la audiencia, entiéndase también el actor civil,*** *pues resultaría ilógico pensar que estando presente no se le permita participar de la negociación en el extremo que le compete (inciso 4).*

Efectivamente, conforme lo han venido sosteniendo diversos autores, entre ellos, el Dr. Reyna Alfaro y el Dr. Ugaz Zegarra, la participación de la víctima – no sólo como actor civil, sino incluso como agraviado- tiene su fundamento en razones de política criminal, así como en cuestiones prácticas, pues otorgarle un lugar a la víctima – en las negociaciones en la terminación anticipada- en un estadio importante para ella, es sólo una confirmación del reconocimiento que el ordenamiento jurídico le ha brindado a este sujeto procesal.

En ese sentido, es que la redacción del inciso 4 del artículo 468° cobra sentido en relación a todos los derechos que se le ha otorgado al actor civil en el proceso penal y especialmente en el título preliminar. Reconocimiento de su participación plena en calidad de parte procesal en la etapa de negociación en la terminación anticipada. Una interpretación distinta contravendría diversos derechos fundamentales del actor civil.

d. *Pese a lo regulado en el inciso 4, en el inciso 5 se verifica la total exclusión del actor civil, pues se entiende que, aunque esta parte procesal, en la audiencia manifieste su disconformidad con el monto acordado, y no arribe a un acuerdo con el imputado y su defensa técnica, tal situación de ninguna forma impide que el proceso prosiga respecto al extremo civil, pues la norma solo refiere que si el fiscal e imputado arribaron a un acuerdo, se deberá consignar en el acta respectiva, restándole importancia a la participación que pudiese haber desarrollado el actor civil en la negociación.*

Conforme se puede apreciar en la redacción del inciso 5 del artículo en análisis, nuevamente se cae en el mismo error de excluir al actor civil a fin de que negocie el extremo que le compete en el proceso penal; esto es, el extremo civil. Bajo ese parámetro del legislador *¿Cuál sería la razón de ser de los incisos 3 y 4 del artículo 468°?, ¿Dónde quedaría lo estipulado en el inciso 3 del artículo IX del título preliminar del CPP, en relación a que el proceso penal garantiza la participación procesal de la parte agraviada?,*
¿Qué hacer con lo estipulado en el inc. 1 del artículo 11° del CPP?

No cabe duda que la omisión del legislador de no incorporar al actor civil en la etapa de negociación de la terminación anticipada va en contra de los diversos derechos que se le ha otorgado a esta parte procesal en diversos dispositivos normativos del Código adjetivo.

e. *Finalmente, en el inciso 7 se hace referencia por primera vez – de manera literal- la participación del actor civil, pero sólo en cuanto a la facultad de apelar el extremo civil de la sentencia anticipada, si en caso no estuviera conforme con la reparación civil impuesta. Asimismo, de dicho dispositivo normativo se desprende que el actor civil podría cuestionar la legalidad*

del acuerdo (recordemos que el acuerdo abarca tanto la pena como la reparación civil).

Al respecto, considero que reenviar su participación plena del actor civil a segunda instancia vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así como a la igualdad de armas procesal. Pues *¿Cuál es el fundamento jurídico que ampara que el imputado pueda resolver rápidamente su situación jurídica en un corto plazo y la víctima no pueda hacerlo? ¿Por qué a la víctima se le reenvía ante la Sala Penal de Apelaciones para poder hacer valer su derecho a ser resarcido? ¿Por qué en la terminación anticipada el actor civil no ha de relevar al Ministerio Público en cuanto al extremo civil del proceso?,* estas y otras interrogantes más surgen de la incoherente redacción del inc. 7 del art. 468°. Estas preguntas y demás las vamos a responder en los siguientes apartados.

Asimismo, es importante resaltar – respecto a la legitimidad del acuerdo en el extremo civil- que si en una audiencia de terminación anticipada, están presentes todas las partes procesales (*fiscal, actor civil, imputado y sudefensa técnica*) y en dicho escenario es el fiscal y no el actor civil quien negocia -con el imputado y su defensa técnica- el extremo de la reparación civil y el juez de garantías ampara tal convenio, *la resolución que aprueba el acuerdo arribado es NULO, en el extremo de la reparación civil*, porque quiennegoció el objeto civil del proceso carecía de legitimidad para hacerlo.

Así, tal nulidad se fundamenta en la regulación del inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004, que señala de manera clara que *una vez que el agraviado se constituye en actor civil, el Ministerio Público pierde legitimidad para pronunciarse en el extremo de la reparación civil*. Y como se ha sustentado en los ítems anteriores, la participación activa del actor civil encuentra amparo jurídico no solo en principios rectores del CPP de 2004, sino en normas de rango constitucional.

En suma, de estos puntos, queda claro que la negligencia del legislador se circunscribe en el acto de *"omitir"* regular la participación del actor civil en el inciso 2 del artículo 468° que a la letra señala: *"**El fiscal y el imputado** podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la*

reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales (…).” Y del inciso 5 del mismo artículo que refiere: *“**Si el fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil** y consecuencias accesorias a imponer (…)”.* (Énfasis añadido).

Y a ello se suma que los jueces antes de subsanar tal omisión e incluir al actor civil en el acuerdo de terminación anticipada, optan por ***“excluirlo”***. Tal Supresión, se debe a la lectura literal de la norma en análisis, pese a que ese tipo de interpretación quebranta derechos fundamentales del actor civil y va en contra de los diversos derechos reconocidos a esta parte procesal a lo largo del CPP de 2004.

Finalmente, habiendo realizado el análisis correspondiente al artículo en cuestión, ahora pasaré a desarrollar cuáles son los derechos fundamentales que se transgreden con la interpretación literal de los incisos 2 y 5 del art. 468°, interpretación que excluye al actor civil en la negociación – respecto del objeto civil del proceso- de la terminación anticipada.

10. Derechos fundamentales que se afectan con la limitación de la participación del actor civil, en la etapa de negociación, en la terminación anticipada.

En el presente apartado desarrollaré cuáles son los derechos fundamentales que se le vulnera al actor civil al excluir su participación en la etapa de negociación en la terminación anticipada, siendo estos los siguientes: *a) la tutela jurisdiccional efectiva b) el derecho a ser oído, c) el derecho a la igualdad de armas y d) el derecho de defensa.* Veamos de qué manera se transgrede cada uno de estos derechos constitucionales.

10.1. Vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima.

Al respecto el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 736-2005-PA/TC-Lima, ha señalado que, “… la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente

del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio". Así, señala dicho Tribunal que, "con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. (…) queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna (…)".

Del mismo parecer, pero desde otro análisis (en cuanto a que se corra traslado del acuerdo provisional a la parte agraviada), es el Dr. Reyna (2009), que con gran énfasis resalta la participación del agraviado al interior de este proceso especial, indicando que:

> La obligación de correr traslado toda petición de terminación anticipada al agraviado tiene además sustento normativo en el parágrafo 3° del artículo IX del Título Preliminar del Código procesal penal que reconoce que el proceso penal tiene por propósito garantizar "el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito". La protección de la víctima del delito viene configurada como un principio informador del proceso penal mediante la obligación jurisdiccional de "velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición" establecida en la parte final del dispositivo antes indicado. En su condición de principio informador, el de protección o tutela de la víctima encuentra materialización concreta en todos y cada una de las figuras e

> instituciones reguladas por el estatuto procesal penal, como la terminación anticipada (pp.193-194).

En ese sentido, al no permitir participar al actor civil en los acuerdos provisionales o en las negociaciones en la terminación anticipada se está transgrediendo su derecho a la tutela judicial efectiva, conforme lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, pues no se le permite ejercer una pretensión en un estadio trascendental y que ésta sea considerada por el Juez antes de aprobar o no el acuerdo arribado entre el fiscal, el imputado y su defensa. No se trata únicamente, de que la víctima alegue una pretensión jurídica al vacío, sino que ésta sea tomada en consideración antes de emitir el fallo final, si se le rechaza dar las razones porqué se desestima su pretensión, no ignorar su pretensión como si lo solicitado por su persona poco o nada importara en la discusión que se somete a su judicatura. Así, tales motivos han de plasmarse en la sentencia (derecho a la debida motivación de las resoluciones) (Guevara, 2007).

10.2. Trasgresión al derecho a ser oído, reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El numeral 1 del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que: *"toda persona tiene derecho a ser oída, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".* La vulneración a este derecho tiene íntima relación con la infracción al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues siendo la víctima titular del bien jurídico que se protege y el cual ha sido lesionado, es la más interesada en negociar el aspecto civil del proceso, más aún si se encuentra constituida en actor civil, tiene derecho a participar en las negociaciones y que le escuchen su posición al respecto, ya sea a nivel de acuerdos provisionales o en la negociación misma.

Reitero que lo regulado en el inc. 3 del art. 468°, respecto al plazo de los 5 días a fin de que los sujetos procesales manifiesten su posición jurídica en cuanto a la procedencia o no de la terminación anticipada- es letra muerta o un simple formalismo que vacía su contenido con lo regulado en el

inc. 2 y 5 del art. 468°, pues conforme se mencionó en el punto 9, en nada cambia la pretensión que realice el actor civil, si el Ministerio Público y el imputado ya han arribado a un acuerdo en el extremo civil del proceso. En ese sentido, su derecho a ser oída no se encuentra amparada con la actual regulación, que permite -únicamente- que sea verdaderamente oída en una eventual apelación (inc. 7 del art. 468°).

Es decir, la apelación – en caso apele el actor civil- sería su primera instancia, ya que, ante el juez de investigación preparatoria -conforme la interpretación literal de los incisos 2 y 5 del art. 468°, el actor civil no participa -. Y con ello también se le estaría vulnerando el derecho constitucional a la pluralidad de instancias.

Así, este derecho a *"ser oído"* ¸ debe verse materializado en la motivación de la Sentencia de Terminación Anticipada, el juez debe brindar las razones porqué acepta o no la pretensión del actor civil y no hacer caso omiso a lo oralizado por dicha parte procesal en la audiencia respectiva.

El *"derecho a ser oído"*, debe garantizarse en cada una de las etapas del proceso penal, común o especial, y no únicamente en etapa de apelación como se verifica en el inciso 7 del artículo 468°. Pues, con tal reenvío al actor civil a segunda instancia, se está revictimizando a esta parte procesal. Y no se está cumpliendo con el fundamento material de la terminación anticipada, donde bajo dicha regulación los únicos que se benefician con tal institución procesal terminan siendo el imputado y la administración de justicia, dejando de lado el derecho a la reparación integral de la víctima, haciendo que la justicia para ella sea lenta e ineficaz.

En suma, la redacción actual de los inc. 2, 5 y 7 del art. 468° no garantizan el derecho a ser oído – en toda su magnitud- del actor civil. A fin de que este derecho se vea materializado los jueces en las resoluciones que emitan han de responder a la pretensión de dicha parte procesal, motivando las mismas de conformidad con lo establecido en el inc. 5 del art. 139° de nuestra constitución política (Derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias).

10.3. *Vulneración a la igualdad de armas constitucional, que se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 139°, inciso 3 (debido proceso) de la Constitución:*

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia -a través de una interpretación sistemática del inciso 2) del artículo 2 y del inciso 3) del artículo 139 de la Constitución- ha reconocido como garantía constitucional a la igualdad de armas, la misma que debe exteriorizarse en todo tipo de proceso, a fin de que las partes puedan intervenir con igualdad de condiciones y no se le menoscabe su derecho a la defensa. Así, "el principio de igualdad proclamado en nuestra Constitución como "igualdad ante la ley" exige que las leyes se apliquen de igual manera a todos los ciudadanos, excluyéndose cualquier tipo de privilegios o diferenciaciones arbitrarias" (Oré, 2016, p. 135).

Así lo podemos apreciar en el Exp. 0039-2017-Q/TC en el que a la letra dice: "(…) todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra. Tal exigencia, constituye un componente del debido proceso, ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como "debido" (sentencia emitida en el Expediente 06135-2006-PA/TC).

En esa línea de ideas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, preceptúa en el artículo 7°: "Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a la igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección, contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.1: "Todas las personas son iguales ante los tribunales de justicia…", más adelante en su artículo 26° declara: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la leyprohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color,

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social". Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reitera este principio en su artículo 24°: "Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la Ley" (Rosas, 2018, p. 102).

En ese orden de ideas, este derecho constitucional, también lo encontramos plasmado en el Título Preliminar de nuestro CPP de 2004, en el inciso 3 de su artículo I. así, dicho artículo señala: "*Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia*".

Así, al respecto el profesor Oré (2016), señala que, "el principio de igualdad procesal exige que se regule un procedimiento único, en el que las partes enfrentadas en un proceso, gocen de las mismas posibilidades de actuar en este, así como de influir en la decisión del juez" (p. 136). Por su parte el Dr. Montero (como se citó en San Martín, 2015) refiere que, "a las partes de un proceso se ha de conceder los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas, de modo tal que no quepan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas".

Bajo ese parámetro, recordemos que conforme lo refieren Neyra (2010) y Guevara (2007), los principios son máximas que configuran las características esenciales de un proceso. Constituyen la base en la que deben sustentarse los legisladores y gobernantes para establecer, aisladas y/o en conjunto, las fórmulas procedimentales a que debe sujetarse el derecho penal, y lo mismo debe acontecer con el Juez, el cual está en la obligación de anteponerlo a la ley ordinaria a la hora de aplicar las normas a los casos concretos.

En suma, como se puede apreciar, este reconocimiento constitucional de *"igualdad de armas procesal"* es la expresión del derecho fundamental del debido proceso. Derecho que no debe ser desconocido a la víctima, ya que es claro que la constitución no es la Carta Magna del delincuente, sino del

ciudadano en general y las disposiciones normativas reguladas en el Título Preliminar informan y son aplicables a todos los sujetos procesales involucrados en un proceso penal y no sólo garantizan los derechos del imputado.

Siendo ello así, entonces por una cuestión de *"igualdad de armas procesal"* debería permitírsele al actor civil participar en la etapa de negociación en la terminación anticipada, ya que se entiende que las normas contenidas en el Título Preliminar no solamente han de garantizar los derechos de los sujetos procesales en un proceso común, sino en el proceso penal en general, sea cual sea la naturaleza del proceso (especial o común).

En definitiva, conforme se encuentra regulada la norma y como la interpretan los jueces es evidente que el actor civil no se encuentra en igualdad de condiciones, pues la *"omisión"* por parte del legislador y la *"exclusión"* por el jurisdiccional termina favoreciendo al imputado y neutralizando al actor civil. En buena cuenta, en dicho proceso especial se le retrotrae a la víctima en general a la época donde el Estado le expropió de sus derechos.

10.4. Quebrantamiento del debido proceso, específicamente el derecho a la defensa.

El *derecho a la defensa,* se encuentra reconocido tanto en el inciso 14° del artículo 139° de nuestra Carga Magna que establece: *"el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso".* Así, como en el artículo IX del Título Preliminar del CPP de 2004, que a la letra señala: *"El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición".*

En este punto, resulta pertinente recordar lo prescrito en diversos tratados internacionales de obligatorio cumplimiento en nuestro país – según lo dispuesto por la 4ta Disposición Transitoria y Final de la Carta Magna –, y lo prescrito por la doctrina nacional, en el sentido de que el derecho a la defensa, como derecho fundamental que forma parte del contenido del derecho al debido proceso, comporta la posibilidad de que los justiciables no queden en

estado de indefensión en el desarrollo de un proceso judicial sobre la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, administrativo, mercantil, penal, laboral, etc.); y más específicamente, el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal[127].

En ese marco, García (2013), refiere que, "ha de tenerse en consideración que se acredita la violación al debido proceso cuando se impide, limita o desconoce algún derecho, principio o garantía de naturaleza procesal que se encuentra reconocida por la Constitución o los tratados internacionales de los que el Estado es parte. La referida infracción debe ser producida por un agente jurisdiccional al interior de un proceso o procedimiento a su cargo" (p.977).

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha desarrollado el contenido del derecho a la defensa, así tenemos la Resolución N° 00582-2006-PA/TC, que en su fundamento tercero refiere: "El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo tal hecho se produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos".

Cabe destacar, que los derechos varían dependiendo del sujeto procesal que detente la garantía de la defensa; así, en el caso del imputado, dicho derecho subjetivo recaerá principalmente en su derecho a la libertad; mientras que, en el caso del tercero civilmente responsable y el actor civil, tal derecho subjetivo

[127] La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 6°.- Principios Procesales en la Administración de Justicia**,** hace expresa referencia a qué principios debe de tener en consideración los Jueces, como lo son: Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios procesales de legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable.

recaerá sobre derechos de carácter patrimonial (Oré, 2016, pp. 153-154). En esa línea de razonamiento, conforme lo sostiene el Juez Supremo San Martín (2015):

> Si bien la garantía de defensa procesal incide con mayor énfasis en el imputado como garantía de signo contrario frente al derecho a la acusación, el ejercicio de la acción penal y a la interposición de la pretensión penal (art. IX. 1-3 TP NCPP), esta se reconoce a todas las partes procesales como expresión de la propia lógica contradictoria del proceso y del principio de igualdad de armas – el apdo. 3 del art. IX TP NCPP, incide especialmente en la víctima (el ofendido y el perjudicado por el delito), a quien se le reconoce los derechos de información y protección, así como de participación procesal en aras de garantizar su pretensión resarcitoria y el derecho a la verdad (art. 98° NCPP)-. Por tanto, asumiendo esta perspectiva, la defensa procesal asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y resistencias, así como a rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas (p. 120).

Así, conforme se ha venido sosteniendo, la infracción del derecho de defensa del actor civil, se ve materializado con la limitación de su participación en la etapa de acuerdos provisionales y de negociación en la terminación anticipada. Pues, quien negocia – pese a la existencia de un actor civil – es el fiscal con el imputado y su defensa técnica (interpretación literal del inciso 2 y 5 del artículo 468° del CPP de 2004). Debemos de recordar que, la víctima como titular del bien jurídico lesionado es quien posee mayor interés y conocimiento del daño que se le ha ocasionado; y, si ésta se constituye en actor civil, exterioriza su ánimo de participar activamente en el proceso penal y ejercer las facultades otorgadas por el artículo 104° y 105° del Código adjetivo, entre ellas acreditar el daño causado. De modo que, el que manifieste su pretensión ante el juez, como consecuencia del traslado del acuerdo provisional arribado entre el fiscal y el imputado, o las alegaciones que

eventualmente se le puedan permitir, no garantiza el derecho a la defensa del actor civil, pues lo argumentado en el papel o en audiencia termina siendo un saludo a la bandera, ya que el juez -únicamente- se pronunciará respecto de lo plasmado en el acuerdo provisional entre el fiscal y el imputado y lo que fundamenten en audiencia, donde conforme a la interpretación que hacen algunos jurisdiccionales al art. 468°, no participa el actor civil.

En esa línea de ideas, el profesor español Nieva (2017), indica que, "lo más procedente sería darle libertad al actor civil en su actuación en el proceso penal, no restringiendo su participación en ningún sentido, puesto que cualquier limitación resulta ser finalmente bastante artificiosa e incluso frustrante para el derecho de defensa. De ese modo, o se deja que la víctima o el perjudicado por el delito participen en el proceso penal como partes plenas, o se opta por un sistema de adhesión como el alemán. Lo que parece obvio es que, por razones de economía procesal, como se indicó más atrás, es beneficioso resolver todas las cuestiones relacionadas con el delito en un mismo proceso, también las derivadas de los perjuicios causados" (p. 128).

En definitiva, son estos los derechos fundamentales [*Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, Derecho a ser oído, Derecho a la igualdad de armas procesal y el Derecho a la defensa*] que se transgreden al actor civil, con su exclusión del proceso especial de terminación anticipada. La omisión por parte del legislador de no consignar de manera literal su participación en la etapa de negociación sumerge al actor civil en un estado de indefensión conforme se ha visto en el desarrollo del presente apartado.

Alegar que las disposiciones contenidas en el Título Preliminar, las mismas que tiene carácter constitucional, no son de recibo en un proceso especial (terminación anticipada), carece de fundamento, ya que ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni el ordenamiento jurídico podría avalar tal afirmación. En ese sentido, considero que las disposiciones normativas contenidas en nuestra constitución, así como en el Título Preliminar del CPP de 2004 son válidamente aplicables a todo tipo de proceso penal, sea común o especial.

11. Interpretación sistemática como garantía a los derechos fundamentales de la víctima.

Conforme se he venido sosteniendo en líneas anteriores, esta *"**omisión**"* por parte del legislador, en cuanto a la regulación de la participación de la víctima en los acuerdos provisionales y negociaciones en la terminación anticipada, puede ser superada por los jueces aplicando el método de interpretación sistemática de las normas concernientes a la participación de la víctima en el proceso penal.

Así, conforme lo sostiene Zusman (2018): "Tradicionalmente, la interpretación sistemática ha sido entendida como aquella que recurre a la totalidad de normas de un sistema legal o a parte de ellas, para entender el significado de la ley. Como puede verse, la interpretación sistemática alude a la aplicación del principio de no contradicción propio de la ley. Las normas tienen que armonizar para que el sistema funcione. Ellas no pueden contradecirse, porque, de hacerlo, el sistema no puede funcionar" (p. 162).

Es así que, "el Tribunal Constitucional ha establecido, en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, tratándose de estos casos de "interpretación de la Ley procesal penal, que en los casos en que el texto aislado de una norma concreta permita un resultado inconstitucional, debe acudirse a la interpretación sistemática, a cuyo efecto es de invocar en el análisis interpretativo las normas ordinarias que rigen una determinada institución procesal (…)" (San Martín, 2014, p. 35).

Por lo que a fin de no vulnerar los derechos fundamentales de la víctima y en específico del actor civil, como son: *la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a ser oído, el derecho a la igualdad de armas procesal y el derecho de defensa,* es que el juzgador debe dar lectura sistemática de los siguientes dispositivos normativos:

- Segundo párrafo del art. 138° de la Constitución Política del Estado, respecto a la **prevalencia de la Constitución ante normas de rango inferior**: *"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (…)."*

- Inciso 3) y 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, en cuanto al debido proceso: *"observancia del debido proceso (derecho de defensa) y la tutela jurisdiccional".*
- Inc. 2 del art. 2° (igualdad), en concordancia con el inciso 2 del art. 139° (debido proceso): *"Da como resultado la igualdad de armas constitucional".*
- Numeral 1 del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que refiere: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".*
- Inciso 11 del artículo 139° referente a: *"Aplicación de la ley penal más favorable al sujeto procesal, en caso de duda o conflicto entre leyes penales."*
- Inciso 3) del artículo I del Título Preliminar del CPP de 2004, referente a la igualdad procesal: *Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia".*
- Inciso 3) del artículo IX del Título Preliminar del CPP de 2004, referente a la garantía procesal de la participación del agraviado: *"**El proceso penal garantiza**, (…) **la participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito**. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición".* (Énfasis añadido).
- Art. IX del Título Preliminar del CPP de 2004, referente al derecho de defensa: *"**El proceso penal garantiza**, también, el ejercicio de los derechos de información y de **participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito**".*
- Artículo X del Título Preliminar del CPP de 2004, relativo a la prevalencia de las normas del Título Preliminar sobre cualquier otra disposición: "***Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.***" (Énfasis añadido).

- Inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004, respecto a la sustitución del Ministerio Público por la del actor civil, respecto a la reparación civil: *"El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso (…)".*
- Artículo 94° del CPP de 2004: agraviado como sujeto procesal perjudicado por el delito: "*"Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo (…)".*
- Artículo 98° del CPP de 2004: actor civil como titular de la acción civil: *"La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito".*

De la lectura sistemática de las normas en mención (constitucionales y procesales) - conjuntamente con lo estipulado en el inciso 2 y 5 del artículo 468°- se arriba a una conclusión acorde al espíritu del CPP de 2004, que garantiza los derechos fundamentales del actor civil y su participación en los acuerdos provisionales y en la negociación en la terminación anticipada. Asimismo, se concluye que incluso en el proceso especial de terminación anticipada el actor civil es el único legitimado para negociar el extremo de la reparación civil y no el fiscal como lo entienden ciertos magistrados de distintas cortes a nivel nacional.

12. Primacía de la Constitución ante normas de menor rango.

El desarrollo del presente apartado tiene como base los argumentos alegados por la **Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, en el Exp. 2826-2017**, en el fundamento cuarto de su resolución, donde señala:

> El proceso de terminación anticipada, forma parte del Libro Quinto del Código Procesal Penal que regula el tratamiento

> procesal de los procesos especiales. **Como proceso especial, goza de autonomía normativa al haberse establecido reglas especiales, que por cierto deben primar frente a normas de carácter general, de lo contrario sería un contrasentido que el legislador le haya fijado reglas especiales para su procesamiento como mecanismo de simplificación procesal.** Así ha sido reconocido en el fundamento jurídico 17 del Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 al dejar sentado que "El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación, y con una estructura singular – etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el consenso que informa el primero- (…)". Por lo demás, el fundamento jurídico 7 del Acuerdo Plenario 5-2011 no habilita al actor civil intervenir en las negociaciones relacionadas al acuerdo de terminación anticipada. (El resaltado es nuestro)

Bajo similar razonamiento se tiene lo sostenido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Casación N° 1443-2018/Callao, en el auto que declara inadmisible dicho recurso interpuesto por la Procuraduría Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas, ante la exigencia del establecimiento de doctrina jurisprudencial sobre el ámbito de participación del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada. Así, amparó la inadmisibilidad del recurso de casación, básicamente, en el siguiente fundamento: "*(…) resulta claro y taxativo que el acuerdo de terminación anticipada solo puede arribarse con exclusividad entre el Ministerio Público y el procesado. Dicho acuerdo comprende tanto la responsabilidad penal como civil, aspecto que no requiere de interpretación o modificación vía desarrollo de doctrina jurisprudencial por resultar suficientemente expreso*".

En ese sentido, de acuerdo a la postura asumida en la presente tesis -*que es garantizar los derechos fundamentales de la víctima – especialmente del actor*

civil- en el proceso especial de terminación anticipada-, ante la antinomia entre una norma especial y otra de rango constitucional, definitivamente va a primar ésta última. Sin embargo, como he venido analizando, ello no se verifica en la práctica judicial, conforme se aprecia en líneas *supra*, ciertos magistrados, amparándose en una interpretación literal de la norma, aplican la ley especial pese a que su aplicación quebranta derechos fundamentales de la víctima. Tal argumentación de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte de Justicia del Callao va en contra de lo sostenido por la Corte Suprema en las Casaciones N° 655-2015 y N° 780-2015/Tumbes, que de manera tangencial realzan y reconocen la importancia de la participación del actor civil dentro del proceso especial de terminación anticipada.

Así, en la Casación N° 655-2015/Tumbes, en el fundamento tercero se señaló que:

> (…) es evidente la importancia del actor civil, ya que es el órgano o la persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial por la comisión de hechos delictivos imputados al autor; su naturaleza jurídica es de índole civil, el interés que persigue es económico y se requiere de toda una formalidad para su intervenciónen el proceso penal.
>
> El artículo 98 del Código Procesal Penal, establece que: "La acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación civil y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito"; entonces, la sola participación del agraviado en el proceso penal no lo constituye en actor civil, ya que requiere del cumplimiento de ciertas formalidades, que prevé la citada norma; por tanto, su constitución genera no solo la facultad de formular la pretensión resarcitoria, sino también el cese de la legitimación del Ministerio Público en la pretensión civil, al que se refiere el artículo 11,

> inciso 1, del Código Procesal Penal. (El subrayado es nuestro).

Dichos fundamentos se reiteran en el punto tercero de la Casación N° 780-2015/Tumbes. Así, en ambas casaciones se reconoce de manera expresa, conforme se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 11° del CPP de 2004, que una de las consecuencias – y de gran relevancia- de la constitución del agraviado en actor civil es que cesa la legitimación del ministerio público para pronunciarse respecto del objeto civil del proceso.

Debo resaltar que tal afirmación se realiza en el escenario del proceso especial de terminación anticipada y no de un proceso común, como para descartar la participación del actor civil en la terminación anticipada en atención a que se está frente a un proceso especial y no común, de acuerdo al razonamiento perfilado por la Sala Penal de Apelaciones del Callao.

Peor aún, si analizamos – en su totalidad- el auto de inadmisibilidad de recurso de casación emitido por la Corte Suprema, nos vamos a dar con la sorpresa que para dicha decisión, únicamente, se ha remitido a lo señalado en los incisos 2 y 5 del artículo 468°, sin hacer referencia alguna a lo estipulado en el inciso 1 del artículo 11° del CPP.

Aunado a ello, la Corte Suprema en la Casación N° 1223-2018/Callao (recurso interpuesto y sustentado por mi persona en calidad de abogada representante de la Procuraduría Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas), asumiendo la postura que planteo en la presente tesis sobre la intervención del agraviado o actor civil en el proceso de terminación anticipada, en el fundamento trigésimo y trigésimo primero, afirma que:

> Si el agraviado presentó con anterioridad a la audiencia de incoación de proceso inmediato su solicitud de constitución en actor civil y es aceptada en audiencia, él asume la titularidad de la pretensión civil y en el acuerdo de terminación anticipada y, en ese sentido, le corresponde directamente la negociación en este ámbito.
>
> Si bien el artículo 468° del CPP incide en la intervención y acuerdo entre el fiscal y el imputado, en una

> interpretación sistemática con las disposiciones relativas al agraviado y del actor civil, no es impedimento para que el primero participe indirectamente en la negociación de terminación anticipada o que el segundo lo haga directamente por ser el titular de la pretensión civil que será materia de negociación con el imputado, en la forma ya expuesta. No considerar su participación del actor civil equivaldría a dejar sin contenido su constitución.
>
> De igual manera, pretender que sea recién a través del recurso de apelación que el actor civil haga valer su pretensión, anularía su participación en el acuerdo de terminación anticipada, esto es, no tendría sentido su concurrencia.

Este pronunciamiento de la Corte Suprema sigue la misma línea de razonamiento desarrollada en el Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal[128]. Donde se asume una postura en pro de los derechos procesales de la víctima al interior del proceso penal. Y como se puede ver tal postura no sólo es para garantizar la participación de la víctima en un proceso común sino también en un proceso especial como lo es la terminación anticipada.

Refuerza mis fundamentos los criterios de solución en antinomias de normas por divergencia o conflicto. Así, al respecto los profesores Marcial Rubio y

---

[128] **Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116**. **Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal (Fund. 19).** La víctima, en el proceso penal, tiene derechos propios, en tanto la concepción que asumió el Código Procesal Penal es la de erigirse en un instrumento para resolver conflictos sociales en los cuales *la víctima es, precisamente uno de los protagonistas*. La víctima *no solo tiene derechos económicos* – como tradicionalmente se ha entendido-, esto es, a una *reparación efectiva e integral* por los daños infligidos por la conducta atribuida al imputado, sino también a una plena tutela jurisdiccional de sus derechos y concebirse su intervención y derechos como una *protección integral* garantía efectiva de su dignidad – derechos materiales y derechos procesales- (…).

Esta concepción, sin duda alguna, importa replantear una serie de conceptos tradicionalmente entendidos y aplicados, y *asumir una opción en pro de hacer efectivos los derechos materiales y procesales de la víctima del delito,* tanto del ofendido por el delito como por el perjudicado por el mismo.

Elmer Arce (2018) en cuanto a dichos criterios de solución refieren: Los criterios de solución en la antinomia por divergencia o conflicto son: a) Jerarquía (la ley superior prevalece sobre la inferior), b) Especialidad (la ley especial prevalece sobre la general); y, c) Temporalidad (la ley posterior prevalece sobre la anterior). Además, cuando estos métodos resultan insuficientes, se recurre a los criterios de competencia y de prevalencia.

Así, agregan dichos autores que, "**si las normas incompatibles tienen el mismo origen estatal, al margen de su ámbito especial o general, sí hay que aplicar de entrada el criterio jerárquico**. Lo que sucede es que el criterio de jerarquía es también un requisito de validez estricto para las normas estatales, pues primero se ubica la Constitución, luego las normas con rango de ley y, por último, los reglamentos o decretos supremos. No puede haber incompatibilidad entre ley y Constitución, porque se prefiere esta segunda (…)" (Rubio & Arce, 2018, p. 159). (Énfasis añadido).

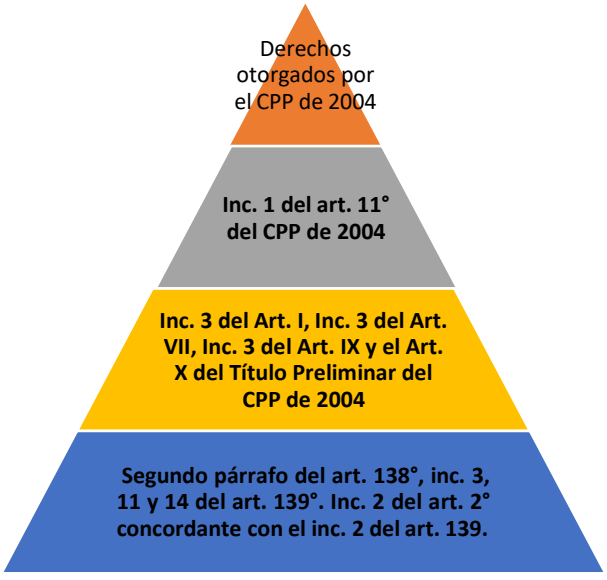
En ese orden de ideas, resulta inconstitucional asumir la prevalencia de la norma especial de terminación anticipada en detrimento de los derechos fundamentales de la víctima. Pues, tenemos que existe convergencia entre los incisos 2 y 5 del artículo 468° del CPP de 2004 – norma especial- que excluye al actor civil a efectos de que participe en los acuerdos provisionales y negociaciones en la terminación anticipa; y, de otro lado tenemos disposiciones normativas de rango constitucional - *a) la tutela jurisdiccional efectiva b) el derecho a ser oído, c) el derecho a la igualdad de armas y d) el derecho de defensa-* que garantizan la participación de la víctima al interior de un proceso, sea de la naturaleza que sea.

En suma, debemos de recordar que, **"la primacía del criterio jerárquico en las normas de origen estatal se explica porque es imposible que exista una contradicción de dos normas de distinto rango, ya que una de ellas por fuerza siempre será inválida** y, por ende, no puede haber conflicto entre una norma válida y otra inválida. Simplemente. Se aplicaría la válida y no habría antinomia. Si una norma de origen estatal de menor jerarquía contradice a una norma de mayor rango, la de menor rango deberá declararse inválida (Rubio & Arce, 2018, p. 159). (Énfasis añadido).

Siendo ello así, no cabe duda que la línea interpretativa que han venido siguiendo diversos jueces -de distintos rangos- ha sido errónea y vulneratoria de derechos fundamentales de la víctima. Pues, antes de corregir el error o la omisión por parte de nuestros legisladores, a través de una interpretación sistemática – que permita garantizar los derechos fundamentales de la víctima- han continuado en esa línea errada.

Así, como se puede apreciar, sobran razones y fundamentos que justifican y amparan la incorporación de la víctima – especialmente del actor civil- en esta fase crucial y definitoria del proceso, pues debemos de recordar que no siempre existe coincidencia entre los intereses de la víctima y de la fiscalía, más aún cuando en la práctica se verifica que los fiscales con la finalidad de concluir las investigaciones propician la realización de audiencias de terminación anticipada, aun en detrimento de la víctima e incluso del mismo investigado, conforme se ha advertido de la gran diversidad de recursos de Revisión que llegan a la Suprema e incluso al Tribunal Constitucional exigiendo la nulidad de la sentencia anticipada en atención a la vulneración al derecho a la defensa [se alega la existencia de una defensa ineficaz, que ha llevado al procesado a admitir su culpabilidad, cuando no la tenía].

En suma, mi postura a favor de la participación del actor civil en el proceso especial de terminación anticipada se edifica sobre normas de rango constitucional, pasando por el título preliminar del CPP de 2004 y demás normas contenidas en dicho cuerpo adjetivo. En ese sentido, nuestros fundamentos normativos se resumen en el siguiente diagrama, atendiendo a las normas constitucionales como base sobre la cual se construye los derechos de todo ciudadano:



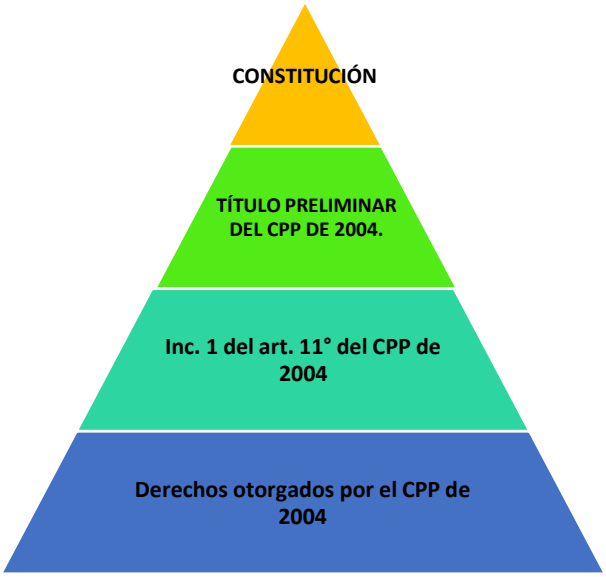
Cuenta con facultades incluso para coadyuvar a demostrar la responsabilidad penal del procesado y entre otros que la ley señala.

Agraviado constituido en actor civil, único facultado para pronunciarse en el extremo civil del proceso penal.

Columna vertebral para la interpretación de las demás normas contenidas en el Código Procesal Penal de 2004.

Carta Magna que protege los derechos fundamentales de todo ciudadano. Y Fundamento principal para la interpretación de las demás normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico

Pero si tal planteamiento lo realizo en atención a la "*primacía de la constitución ante las demás normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico*", sería el mismo gráfico, pero invertido, quedando de la siguiente manera:



Carta Magna que protege los derechos fundamentales de todo ciudadano. Y Fundamento principal para la interpretación de las demás normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. Siendo los artículos pertinentes los siguientes: **Segundo párrafo del art. 138°, inc. 3, 11 y 14 del art. 139°. Inc. 2 del art. 2° concordante con el inc. 2 del art. 139.**

Columna vertebral para la interpretación de las demás normas contenidas en el Código Procesal Penal de 2004. Siendo los artículos pertinentes los siguientes: **Inc. 3 del Art. I, Inc. 3 del Art. VII, Inc. 3 del Art. IX y el Art. X del Título Preliminar del CPP.**

Agraviado constituido en actor civil, único facultado para pronunciarse en el extremo civil del proceso penal.

Cuenta con facultades incluso para coadyuvar a demostrar la responsabilidad penal del procesado y entre otros que la ley señala.

13. Beneficios de la incorporación de la víctima en los acuerdos provisionales y en las negociaciones en la terminación anticipada.

La propuesta aquí planteada, de incorporar a la víctima – principalmente al actor civil- en los acuerdos provisionales y las negociaciones de la terminación anticipada es una decisión acertada y estratégica – que cuenta con amparo jurídico y jurisprudencial- que terminará beneficiando a todas las partes y cumplirá con uno de los fines de la terminación anticipada. Me explico, dicha decisión del fiscal traerá las siguientes consecuencias favorables para las partes procesales y la administración de justicia:

- Que el agraviado, si aún no se ha constituido en actor civil, pueda cumplir con dicho trámite a fin de adquirir la calidad de parte procesal. Es decir, coadyuva a la víctima a que pueda ejercer sus derechos más plenamente, comunicándole que existe la posibilidad de que el proceso acabe anticipadamente. Esta situación va hacer que la víctima no se sienta desprotegida y desplazada y afiance más su relación y su confianza con el persecutor del delito. En otras palabras, tal acto del fiscal va a "*generar confianza en la sociedad".*

- El agraviado, esté o no constituido en actor civil [de preferencia debe estarlo, pues como vimos, con la calidad de actor civil sus derechos se verán ampliados] podrá *"negociar"* libremente la reparación civil con el imputado y su defensa, en razón al daño ocasionado. Se va a obtener de fuente directa la información de cómo el delito ha afectado su esfera emocional, personal o patrimonial (recordemos que el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial) y en razón de ello va a poder arribar a un acuerdo con el imputado y su defensa. En este escenario se va a vislumbrar plenamente una verdadera negociación, pues recordemos que la reparación civil es disponible a consideración de la víctima.

- Tal acuerdo -sobre la reparación civil- arribado entre el agraviado o actor civil y el imputado, ahorrará esfuerzos y tiempos tanto al Ministerio Público como al Poder Judicial, pues habiendo formado parte del acuerdo provisional y habiendo plasmado en dicha acta fiscal su pretensión resarcitoria, la misma que fue consensuada con el propio imputado, en audiencia ella manifestará su conformidad. Y no habrá necesidad de hacer uso de la facultad que le otorga el inciso 7 del art. 468°; es decir: ***"no va apelar".*** Y si en audiencia todos confirman la suscripción del acuerdo provisional y el juez declara "*aprobar al acuerdo de terminación anticipada".* Ante la no apelación de ninguna de las partes, la sentencia anticipada adquirirá la calidad de consentida, en la misma audiencia.

- La no impugnación de la sentencia anticipada, por ninguna de las partes procesales (principalmente por parte del actor civil, pues recordemos que normalmente es quien apela por haber sido desplazada de dicho proceso especial), generará un verdadero y eficaz descongestionamiento de la administración de justicia, tanto a nivel fiscal como a nivel judicial (pues recordemos que, si el actor civil impugna, en segunda instancia la regla es que el Ministerio Público se tiene que hacer presente). Entonces, se va a lograr una verdadera descarga procesal. Pues, de qué sirve que se emita una sentencia anticipada, que luego va a ser apelada por el actor civil por no haber sido considerado. Si lo que realmente se busca es una justicia más célere y eficaz, así como lograr un descongestionamiento de la

administración de justicia; entonces, incluyamos a la parte agraviada en los acuerdos provisionales de terminación anticipada.

Del mismo parecer, es el profesor Reyna (2009), quien indica: “La necesidad de la existencia de reuniones previas entre el fiscal y la víctima del delito, se encuentre o no constituida como actor civil en el proceso penal, no sólo se sustenta en cuestiones de orden político criminal destinadas a poner de relieve la posición de la víctima dentro del proceso penal sino que tienen su origen en razones de índole práctico: Si el acuerdo de terminación anticipadaentre Fiscal e imputado debe ser sometido a control judicial de legalidad y estosignifica que la reparación civil deberá ajustarse a la regla establecida en el artículo 93° del Código penal que establece que aquella comprende “la indemnización de los daños y los perjuicios”, es lógico que la determinación ycuantificación del daño civil indemnizable, sobre todo en casos de daño moraly daño a la persona, requiera de una ponderación adecuada de los efectos del delito sobre el perjudicado en la cual su participación resulta fundamental”(pp. 173-174).

Bajo ese mismo razonamiento, Frisancho (2019), indica: “La inclusión de la Terminación anticipada del proceso en nuestro ordenamiento procesal atiende a la nueva concepción de la víctima del delito. Se considera hoy que es deber del Estado atender al interés que tiene la víctima en la reparación y ello se sustenta en el propio modelo de Estado social y democrático de derecho establecido en la Constitución Política. El conflicto social generado por el delito debe ser resuelto no sólo para satisfacer los intereses públicos, sino también los de las víctimas individuales que son, a fin de cuentas, personas que precisan alcanzar el pleno desarrollo de su plan vital. En otras palabras, son personas tan dignas como los delincuentes que deben ser garantizados en su derecho de defensa, tutela judicial efectiva y protección ante la aplicación de penas inhumanas o degradantes” (p. 160).

Así, agrega el profesor Reyna (2009) que, “existe, sin embargo, una razón de mayor importancia. La víctima del delito tiene una desconfianza natural con el sistema de justicia penal que puede verse incrementada al observar, en la negociación previa al inicio formal del proceso de terminación anticipada, una interacción excluyente entre el fiscal y el imputado. Esta desconfianza puede

transformarse en auténtica victimización secundaria si además el acuerdo propio de la terminación anticipada es considerado injusto por la víctima, sobre todo si tomamos en cuenta que ella no siempre busca un resarcimiento patrimonial, sino que recurre a la justicia penal para que aquella haga justicia. Con la realización de reuniones previas entre el fiscal y la víctima, éste último podrá comprender que la actuación del fiscal en el proceso de terminación anticipada está destinada a tutelar sus intereses" (pp. 174-175).

En suma, en la práctica *"por cuestiones de estrategia"* todos los fiscales deben incorporar a la víctima en las reuniones informales, ya que como hemos visto traen más beneficios que perjuicios.

14. CONCLUSIONES DEL APARTADO. -

- La fuente original de nuestra terminación anticipada es el *plea bargaining* estadounidense, su fuente mediata es el *patteggiamento* italiano y su fuente inmediata es la "*terminación anticipada colombiana*".

- La terminación anticipada, ingresó por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley N° 26320, el 30 de mayo de 1994, destinado únicamente a los delitos de tráfico ilícito de drogas. En 1995, a través de la Ley N° 26461, se amplió su aplicación a los delitos aduaneros (el mismo que fue modificado a través de la Ley N° 28008). En ese sentido, su regulación inicial era fragmentaria, únicamente aplicable a dichos delitos. Posteriormente, ambas leyes quedaron derogadas con la entrada en vigencia en todo el territorio nacional de los artículos 468° al 471°del CPP de 2004.

- La doctrina y la jurisprudencia coinciden -con distintos matices- en sostener que la terminación anticipada del proceso vendría a ser el acuerdo o negocio entre el fiscal y el imputado. Donde por la declaración de culpabilidad, o la aceptación de cargos, por parte de este último, la ley le otorga una disminución punitiva.

- En cuanto a la naturaleza jurídica de la terminación anticipada, la doctrina y la jurisprudencia es unánime en sostener que la terminación anticipada es una suerte de transacción judicial previa al juzgamiento, es una institución consensual que permite la solución del conflicto jurídico penal, en forma alternativa y hasta preferente por su rapidez y eficacia a la conclusión tradicional en un juicio público y contradictorio. A ello debemos de agregar, que esta naturaleza jurídica que se sustenta en el principio de consenso, no sólo permite la solución a nivel jurídico penal sino también culmina con la discusión civil, en atención a la dualidad de pretensiones (una de naturaleza penal y otra de naturaleza civil) que existe en el proceso penal peruano y la negociación se realiza respecto de ambas.

- La principal finalidad de la terminación anticipada es el descongestionamiento de la carga procesal en la administración de justicia. Y se justifica en atención a que a través de dicha finalidad se obtiene una justicia más célere y eficaz.

- El fundamento material de la terminación anticipada radica principalmente en la reducción de las etapas procesales que se obtiene con la aceptación de cargos por parte del imputado. Se evita de esta manera llevar la causa a juicio oral, situación que se vincula directamente con la celeridad procesal.

- Desde la entrada en vigencia de la Terminación Anticipada en el Perú, no se han suscitado demandas constitucionales sobre la legitimidad y operatividad de la institución, que permitan mejor apreciar sus límites y alcances en un contexto de protección a los derechos fundamentales, hecho que contrasta con lo sucedió en EE.UU., Italia y Colombia. Los pronunciamientos que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido están referidos a diferentes tópicos de la terminación anticipada, pero ninguno relacionado a la naturaleza misma de la institución, ni mucho menos en relación a la legitimación de la víctima en relación a la reparación civil [problemática que ha sido planteada en el presente trabajo].

- Nuestro legislador al redactar los incisos 2 y 5 del artículo 468° del CPP de 2004 ha *"omitido"* regular la participación de la víctima en los acuerdos provisionales y en la negociación de la terminación anticipada. Y los órganos jurisdiccionales, antes de superar dicho vacío legal -haciendo uso de una interpretación sistemática- "*excluyen*" la participación de este sujeto procesal, a través de la interpretación literal de la norma en análisis.

- La *"omisión"* del legislador y la *"exclusión"* de los jueces, de la participación de la víctima en los acuerdos provisionales y en la negoción de la terminación anticipada, vulnera derechos fundamentales de este sujeto procesal, como son: *a) la tutela jurisdiccional efectiva b) el derecho a ser oído, c) el derecho a la igualdad de armas y d) el derecho de defensa.*

- El fundamento de que la terminación anticipada es una norma especial y como tal tiene sus propios parámetros y regulaciones (entre ellos está la no participación de la víctima en las negociaciones), es superado por el *"principio de jerarquía normativa",* pues ante la antinomia de una norma especial y una norma constitucional, prima ésta última.

- De una interpretación sistemática de las normas constitucionales -que protegen los derechos de la víctima (agraviado y actor civil)- y procesales -que amparan su participación en el proceso penal-, se arriba a la conclusión de que el único legitimado en negociar el extremo civil en la terminación anticipada es el actor civil y no el fiscal.

- El mejor referente a nivel de Derecho Comparado, en cuanto al avance a la regulación de la participación de la víctima en los acuerdos provisionales y la negociación en la terminación anticipada es la Corte Constitucional de Colombia, quien desde el 2007 ha dejado al descubierto que la exclusión de la participación de la víctima en dicho escenario vulneraba sus derechos fundamentales.

CONCLUSIONES FINALES. –

1. La víctima en el devenir de la historia ha ido perdiendo los derechos con los que en un principio contaba. Así, hubo un tiempo en que sus derechos eran absolutos e ilimitados (*"edad de oro de la víctima").* Pero como la actuación vindicativa de la víctima traía consecuencias nefastas para las tribus, el legislador antiguo buscó frenar dichos derechos absolutos, por lo que se creó la *"Ley del Talión",* una medida en favor del delincuente. Sin embargo, aún se creía que se requería una alternativa más a dicha ley, creándose así la *"Compensación".* Con esta última medida la víctima podía elegir entre aplicar la *Ley de Talión* o exigir un pago por los daños ocasionados, es decir, pedir una *"compensación".* No obstante, aún se consideró que debía limitarse un poco más el actuar de la víctima, dando su aparición en dichas circunstancias el Estado, quien terminó expropiando los derechos de la víctima, quedando totalmente neutralizada en su actuación. Este avance en pro de los derechos de la víctima, a fin de que cuente con facultades para participar activamente dentro del proceso penal, se ha visto plasmado principalmente en el título preliminar de nuestro CPP de 2004.

2. Desde la vigencia del C. de PP de 1940 hasta la promulgación del CPP de 2004 se ha observado un gran avance en el desarrollo de las normas procesales, en relación a la participación de la víctima en el proceso penal. Este reconocimiento activo a dicho sujeto procesal no sólo se ha dado a nivel legislativo sino también a nivel doctrinario ("*corriente de redescubrimiento de la víctima*") y – fundamentalmente- a nivel jurisprudencial. Así, la Corte Suprema cada vez incide más en la importancia de garantizar la tutela jurisdiccional de la víctima, a través de su activa participación en el proceso penal. Ello se ha visto plasmado en el Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal.

3. El Título Preliminar del CPP de 2004 resguarda la participación del actor civil dentro del proceso penal, lo que en buena cuenta vendría a ser un amparo constitucional, ya que muchas de dichas normas son de rango constitucional. Asimismo, dicha intervención activa se sustenta en el reconocimiento expreso que el legislador ha realizado a esta parte procesal en diversas normas al interior de nuestro Código adjetivo. Sin embargo, cuando llegamos al proceso especial de terminación anticipada, todos los derechos reconocidos al actor civil se disipan y volvemos a la época cuando el Estado expropió los derechos de la víctima y lo convirtió en un convidado de piedra.

4. La víctima en su condición de agraviado, ostenta escasos derechos, en cuanto a su participación activa en el proceso. Pues si el agraviado desea ampliar este ámbito de derechos, deberá constituirse en actor civil, conforme la norma lo señala. En la actualidad, bajo las normas del Código Procesal Penal de 2004, el actor civil tiene diversas facultades para participar en distintas etapas del proceso penal, como son:
   - En las audiencias donde se articulan medios de defensa (cuestión previa, cuestión prejudicial, etc.);
   - En la solicitud de declinatoria de competencia;
   - En la nulidad de actuados;
   - En la etapa de ofrecimientos de medios probatorios, en actos de investigación y de prueba;
   - En la incorporación al proceso del tercero civilmente responsable;
   - En la impugnación de medidas de coerción procesal (patrimoniales) que afecten su derecho en relación a la reparación civil;
   - En la etapa estelar del Juicio Oral, coadyuvando al Ministerio Público a efectos de demostrar la responsabilidad penal del acusado, independientemente de probar los daños que se le ha ocasionado.

5. La fuente original de la institución de terminación anticipada es el *plea bargaining* norteamericano. En este sistema americano la participación de la víctima es totalmente nula. Tal exclusión de la participación de la víctima se justifica por su modelo procesal, en donde la reparación civil no es

prioridad del sistema penal; por lo tanto, las tratativas son lineales y no involucran otros aspectos que no sean la pretensión punitiva del Estado. En ese sentido, la víctima para exigir una reparación civil por el daño que se le ha ocasionado como consecuencia del delito, debe acudir a las vías civiles. Es así que se justifica la no vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima.

6. La exclusión de la acción civil en el *plea bargaining* se encuentra plenamente justificado debido a que en el proceso penal estadounidense no existe una dualidad de pretensiones, es por ello que la no participación de la víctima en el *plea barganinig* es razonable y acorde a cómo está constituido su sistema procesal penal. Sin embargo, en el país italiano, no sucede lo mismo, ya que la supresión de la acción civil en el *patteggiamento* no es congruente con su estructura procesal, debido a que desde 1930 su C. de PP ha venido regulando la participación de la persona ofendida y de la parte civil en el proceso penal común. Y excluir la acción civil en este rito procedimental, vulnera la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima, sujeto procesal a quien en un proceso común sí se le permite exigir una reparación civil al interior del proceso penal.

7. El argumento esbozado por el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia N° 443, en cuanto a que la exclusión de la acción civil en el *patteggiamento* resultaba necesario de acuerdo al nuevo sistema de corte acusatorio con el empezaba a contar el país de Italia, no resulta coherente con un proceso en donde se debaten dos tipos de pretensiones, una de naturaleza civil y otra de naturaleza penal; más aún, cuando pese a la transformación que se realizó al *Código Rocco* de 1930, el legislador a sabiendas que sustituía su sistema mixto por uno de tipo acusatorio-adversarial decidió mantener la dualidad de pretensiones en su proceso penal, es por ello que tanto la persona ofendida como la parte civil cuentan con una regulación específica en el C. de PP de 1988, el legislador italiano le ha asignado un capítulo específico para cada uno, donde le ha otorgado diversas facultades a fin de que pueda ejercitar la acción civil de acuerdo al daño ocasionado.

8. Bajo esta dinámica el legislador y el Tribunal Constitucional italiano han primado el principio de celeridad procesal por encima de los derechos reconocidos a la víctima en el proceso penal, elección que es errónea, debido al acogimiento y respaldo normativo con que cuenta la víctima en un proceso común. Siendo ello así, consideramos que la eliminación de la acción civil y consecuentemente la exclusión de la persona ofendida y de la parte civil del procedimiento especial del *patteggiamento* transgredeel derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa de la víctima. Revictimizando a este sujeto procesal al reenviarlo a la justicia civil a fin de que ejercite su derecho.

9. Al igual que en el proceso penal peruano, el colombiano posee una dualidad de pretensiones, una pretensión de carácter penal y otra de carácter civil. La víctima en el C. de PP del año 2000, contaba con la facultad de poder constituirse en parte civil. Sin embargo, con la gran reforma procesal penal colombiana [la misma que se ejecutó a través de la Ley N° 906, en el 2004], se suprimió dicha la facultad de la víctima, adquiriendo este sujeto procesal el nombre de *"interviniente"*. Pero ello no fue óbice para reconocer su protagonismo al interior del proceso penal. Tal reconocimiento, fue producto de las diversas intervenciones por parte de la Corte Constitucional colombiana, quien ha afirmado que la denominación de *"interviniente"* no es impedimento para que la víctima pueda tener una participación activa al interior del proceso penal. Afirmando que este sujeto procesal ocupa un papel protagónico en el proceso, que no depende del calificativo que se le atribuya (como parte o interviniente).

10. El art. 37° del C. de PP de 1991 colombiano - *la misma que se edificó inspirada en el patteggiamento italiano y el plea bargaining estadounidense*- es la fuente inmediata de nuestra terminación anticipada peruana. Siendo el *patteggiamento* italiano la fuente mediata y el *plea bargaining* la fuente original. Y tal información es relevante, en atención a que la fuente inmediata de nuestra terminación anticipada fue

evolucionando en el tiempo; sin embargo, nuestra regulación antes de avanzar ha tenido retrocesos, especialmente, en cuanto a la participación de la víctima se refiere.

11. A través del C. de PP de 2004, el legislador colombiano en el afán de contar con una administración de justicia a lo norteamericano, introdujo en su ordenamiento jurídico los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad – los mismos que cuentan con muchas semejanzas con el *plea bargaining-,* donde la víctima no contaba con facultades para poder ser partícipe de las negociaciones realizadas entre el fiscal y el imputado o acusado, lo cual generó una nueva intervención de la Corte Constitucional de Colombia. Quien a través de la Sentencia C-516/07 concluyó que la exclusión de la víctima -por parte del legislador- en dicha figura procesal vulneraba derechos fundamentales de la víctima, principalmente la tutela jurisdiccional efectiva, en sus diversas manifestaciones, como: *El derecho a la justicia, Derecho a la verdad y a una reparación integral*. Declarándose inconstitucional dicha disposición normativa que excluía la participación de la víctima.

12. La participación del actor civil en el proceso de terminación anticipada se encuentra regulada de tal manera que vulnera derechos fundamentales del agraviado constituido en actor civil, al igual como sucedía en los pre acuerdos y negociaciones de culpabilidad colombianos.
    Así, se puede apreciar que los incisos 2 y 5 del artículo 468° excluyen la participación del actor civil, pues únicamente se consigna al fiscal y al imputado como las partes procesales que pueden participar en reuniones preparatorias informales y a efectos de arribar a un acuerdo acerca de la pena y la reparación civil contradiciendo lo regulado en el inciso 1 del artículo 11° del Código Procesal Penal de 2004, el mismo que señala que una vez que el agraviado se constituya en actor civil, adquiere legitimidad para pronunciarse acerca de la reparación civil.

13. La actual redacción del inciso 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal de 2004, limita la participación del agraviado constituido en actor

civil, toda vez que no le permite realizar negociaciones en el proceso de terminación anticipada, en cuanto al extremo del objeto civil del proceso, ámbito que le compete a esta parte procesal, como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

14. Esta limitación en cuanto a la participación del actor civil en las etapas de negociaciones en la terminación anticipada vulnera derechos fundamentales del actor civil como son: *a) tutela jurisdiccional efectiva b) el derecho a ser oído, c) el derecho a la igualdad de armas, d) el derecho de defensa.*

15. La negociación en el extremo de la reparación civil por parte del fiscal, existiendo un agraviado constituido en actor civil, es nulo debido a que aquél carece de legitimidad conforme se afirma en el inciso 1 del artículo 11° del Código Procesal Penal de 2004, que señala que una vez que el agraviado se constituye en actor civil, el Ministerio Público pierde legitimidad para pronunciarse en el extremo de la reparación civil.

16. Los límites al principio de especialidad son la no vulneración de los derechos fundamentales del actor civil. Que si bien el proceso de terminación anticipada es un proceso especial que tiene sus propias reglas, éstas no pueden estar por encima de normas de mayor rango como son las normas constitucionales, ni en menoscabo de derechos fundamentales de la parte agraviada.

17. Un adecuado criterio interpretativo de los incisos 2 y 5 del artículo 468°, debe ser reconocer como único legitimado al actor civil para negociar el extremo civil del proceso penal. A dicha conclusión se arriba luego de realizar una lectura conjunta de todas las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, referidas a los derechos y facultades que el legislador ha reconocido a esta parte procesal, las mismas que están en consonancia con el espíritu del Código Procesal Penal de 2004, con la corriente del redescubrimiento de la víctima y en salvaguarda de los derechos fundamentales del agraviado constituido en actor civil. En ese sentido, las normas a las que se hace referencia son las siguientes:
    - Artículo 47° de la Constitución Política del Perú.

- Inciso 3) del artículo I, Inciso 3) del artículo VII, Inciso 3) artículo IX y artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004.
- Inciso 1 de artículo 11°, inciso 1 del artículo 13°, inciso 1 del artículo 94°, artículo 98° y los incisos 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal de 2004.

Si caso contrario, se eligiera una interpretación literal de una determinada disposición normativa, se estaría realizando una lectura aislada del texto normativo, sin tomar en consideración las demás disposiciones normativas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, que va desde la constitución hasta disposiciones de menor rango, vulnerándose derechos constitucionales, especialmente de la víctima.

ANEXOS

ANEXO 1: ARTÍCULO 111 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO – FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento:

1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:
   a. Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales;
   b. Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental;
   c. Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;
   d. Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley;
   e. Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario;
   f. Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa.
   g. Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.
2. Como representante de la sociedad:
   a. Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión;
   b. Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan;

c. Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado;
d. Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad;
e. Denunciar los fraudes y colusiones procesales.

ANEXO 2: ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO – ATRIBUCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Artículo 114. Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.
3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.

7. La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura.
8. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
9. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
10. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.
11. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar.
12. Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este código.
13. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.
14. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.
15. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.
16. Las demás que le asigne la ley.

ANEXO 3: ARTÍCULO 136 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO – DERECHOS QUE LE ASISTE A LA VÍCTIMA.

La fiscalía como la policía judicial tienen el deber de informar a la víctima sobre los diversos derechos que le asiste:

1) Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo.
2) El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir.
3) El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querella.
4) Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas.
5) El modo y las condiciones en que puede pedir protección.
6) Las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o asistencia jurídica, asistencia o asesoría sicológicas u otro tipo de asesoría.
7) Los requisitos para acceder a una indemnización.
8) Los mecanismos de defensa que puede utilizar.
9) El trámite dado a su denuncia o querella.
10) Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación.
11) La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello.
12) La fecha y el lugar del juicio oral.
13) El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
14) La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia.
15) La sentencia del juez.

ANEXO 4: ARTÍCULO 202 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO – ÓRGANOS QUE EJERCEN FUNCIONES PERMANENTES DE POLICÍA JUDICIAL DE MANERA ESPECIAL DENTRO DE SU COMPETENCIA.

Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

1. La Procuraduría General de la Nación.
2. La Contraloría General de la República.
3. Las autoridades de tránsito.
4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.
5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.
6. Los alcaldes.
7. Los inspectores de policía.

Parágrafo. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.

ANEXO 5: ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO – REGLAS PARA LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LAS DIVERSAS FASES DE LA ACTUACIÓN PENAL.

Las reglas para su intervención de conformidad con el artículo 137, son las siguientes:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.

2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.

3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.

4. **[En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.]** Este numeral fue declarado **INEXEQUIBLE** por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-516 de 11 de julio de 2007.

5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.

6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.

7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

ANEXO 6: ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO – SUPUESTOS PARA QUE EL FISCAL SOLICITE LA PRECLUSIÓN.

El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

ANEXO 7: SENTENCIA N° C-425/96 – DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN LA SENTENCIA ANTICIPADA.

Si el implicado solicita que se dicte sentencia anticipada durante la etapa de investigación o en la etapa de juzgamiento, el procesado ya ha tenido la oportunidad de ser oído dentro del proceso (indagatoria) y de ejercer el derecho de defensa al igual que el de contradicción. La sentencia anticipada compete dictarla al juez del conocimiento, quien tiene a su cargo la labor de juzgamiento. En la medida en que el acta tiene el mismo valor de la resolución acusatoria, es obligación del juez respetar el principio de congruencia, dictando la sentencia en armonía con lo acordado en ella. Es el fallador quien debe ejercer el control de legalidad, con el fin de verificar si en las actuaciones procesales se han violado garantías fundamentales del procesado. La oportunidad que tiene el juez del conocimiento de oir personalmente al implicado dentro del proceso penal tiene ocurrencia en la audiencia pública de juzgamiento, la que no tiene lugar cuando se trata de proferir sentencia anticipada, pues, si en tal diligencia se busca por parte del juez el esclarecimiento de los hechos y la culpabilidad del procesado, ¿qué sentido

tendría celebrar tal audiencia cuando el mismo implicado ha aceptado los hechos y su autoría o coparticipación en ellos? (Sentencia N° C-425/96).

ANEXO 8: ARTÍCULO 348 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO – FINALIDADES DE LOS PRE ACUERDOS Y NEGOCIACIONES.

Artículo 348. Finalidades.

Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso. El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento. *El presente artículo fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONALMENTE por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, "en el entendido que la* ***víctimatambién podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado*** *o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo".*

ANEXO 9: TITULO II: PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 COLOMBIANO.

Artículo 349.

Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Artículo 350.

Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

[El presente artículo fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONALMENTE por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, "en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo"].

[El presente numeral fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONALMENTE por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-1260 de 5 de diciembre

de 2005, "en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente"].

Artículo 351. Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente. Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes. *[El presente artículo fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONALMENTE por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, "en el entendido que la víctima, también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo"].*

Artículo 352. **Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación.** Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el

fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte. [*El presente artículo fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONALMENTE por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, "en el entendido que la víctima, también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo".]*

Artículo 353. Aceptación total o parcial de los cargos. El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Artículo 354. Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia. Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este código

ANEXO 10: DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD DEL PROCESADO – SENTENCIA C-1260/05.

La renuncia a un juicio en las condiciones consagradas en el literal k) del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, debe interpretarse armónicamente con las demás disposiciones de la ley 906 de 2004, y por lo tanto cumplir con las garantías legales y constitucionales como las que refieren a que i) el imputado debe estar asesorado por su defensor (art. 368 de la Ley 906), ii) los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso, (arts. 131 y 368 de la Ley 906) para lo cual, iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (art. 131 de la Ley 906), iv) debe contarse con la presencia del Ministerio Público, v) los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado (art. 351-4 de la Ley 906), ya que vi) de advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 368 de la Ley 906), entre otros señalamientos.

ANEXO 11: CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL DECRETO N° 2700 Y LA LEY N° 26320.

Ley colombiana Decreto N° 2700 Del año 1991	Ley peruana N° 26320 del 30 de mayo de 1994
ARTICULO 37. Terminación anticipada del proceso. A iniciativa del **fiscal o del sindicado,** el juez podrá disponer en cualquier momento, desde que se haya proferido resolución de **apertura de la investigación y antes de que se fije fecha para audiencia pública,** pero por **una sola vez**, la celebración de una **audiencia especial** en la que deberá intervenir el Ministerio Público. En ésta, el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el **sindicado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos**. Si el fiscal y el sindicado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible así lo declararán ante el juez, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia. **El juez deberá explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitacionesque representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad**. El sindicado puede condicionar el acuerdo a que se le otorgue la condena de **ejecución condicional**, cuando ello sea procedente de acuerdo con las disposiciones del Código Penal. El juez dispondrá en desarrollo de la audiencia inmediatamente sobre la libertad del sindicado y tendrá cinco días hábiles para dictar sentencia. Si el juez considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios. **El acuerdo entre el sindicado y el fiscal es inoponible a la parte civil.** La sentencia aprobatoria del acuerdo sólo podrá ser recurrida por el ministerio público. El auto que lo niega es apelable en el efecto diferido por el sindicado, el fiscal o el ministerio público. El sindicado que se acoja a la terminación anticipada	**Artículo 2.-** Los procesos **por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los Artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, podrán terminar anticipadamente.** El procedimiento observará las siguientes reglas: 1. A iniciativa del **Ministerio Público o del procesado**, el Juez dispondrá, en cualquier momento **una vez iniciado el proceso y antes que culmine el plazo de instrucción o investigación**, o, en su caso, el plazo complementario, pero **por una sola vez,** la celebración de una **audiencia especial** y privada, que se realizará en cuaderno aparte con la sola asistencia de dichos sujetos procesales y del abogado defensor. **2.** En esta audiencia, el Fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el procesado **y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad.** 3. Si el Fiscal y el procesado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y de la pena a imponer, así lo declararán ante el Juez, debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva. **El procesado podrá condicionar el acuerdo a que no se le imponga pena privativa de libertad efectiva,** cuando ello sea procedente de acuerdo a las posibilidades del Código Penal. El Juez tendrá cuarentiocho horas para dictar sentencia. 4. Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad a lo acordado por los sujetos procesales, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la reparación civil, enunciando en su parte resolutiva que ha habido acuerdo de los sujetos procesales. 5. **El acuerdo entre el procesado y el Fiscal es inoponible a la parte civil.** La sentencia aprobatoria del acuerdo subirá en consulta a la Sala Penal. El auto que lo deniega es apelable en

del proceso, durante la etapa de la investigación, recibirá un **beneficio de rebaja de pena de una sexta parte.** Este beneficio es adicional y se acumulará al que se reciba por confesión. **Cuando no se llegue a un acuerdo, o éste no sea aprobado por el juez, el fiscal que dirigía la investigación y el juez que participó en la audiencia deberán ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia**. En este caso, cualquier declaración hecha por el sindicado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.	un solo efecto, en el término de un día por el procesado o por el Ministerio Público. La Parte Civil sólo podrá solicitar a la Sala Penal el incremento del monto de la reparación civil. 6. En el supuesto de procesos complejos, ya sea por el número de delitos -incluidos los conexos con el tráfico ilícito de drogas, siempre que no sean de mayor gravedad que éste- o de inculpados, se requerirá el acuerdo de todos estos y por todos los cargos que se impute a cada uno. Sin embargo, el Juez podrá aprobar acuerdos parciales, siempre y cuando se trate de hechos punibles independientes, en la medida en que los procesados, individualmente considerados, acepten la integridad de los cargos que se les incrimina. 7. Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, **el Fiscal y el Juez que participaron en la audiencia deberán ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia**. En este caso cualquier declaración hecha por el procesado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra. Artículo 3.- El inculpado que se acoja a este proceso especial recibirá **un beneficio de rebaja de la pena de una sexta parte.** Este beneficio es adicional y se acumulará al que se reciba por confesión.

ANEXO 12: LEY N° 26461 – TERMINACIÓN ANTICIPADA PARA LOS DELITOS DE CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN DE RENTAS DE ADUANA.

Ley N° 26461: Artículo 24o.- Los procesos por delitos de Contrabando y Defraudación de Rentas de Aduana podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:

a) A iniciativa del Ministerio Público o del procesado el Juez dispondrá, una vez iniciado el proceso y hasta antes de formularse la acusación fiscal, siempre que exista prueba suficiente de responsabilidad penal, por única vez para los delitos contemplados en la presente Ley, la celebración de una audiencia especial y privada, en cuaderno aparte y con la asistencia de dichos sujetos procesales y del abogado defensor del procesado. La solicitud correspondiente será puesta en conocimiento del Procurador.

b) En esta audiencia, el Fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el procesado y este tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o podrá rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad.

c) Si el Fiscal y el procesado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena y de la reparación civil a imponer, incluso sobre la reducción de la pena privativa de libertad aplicable hasta en una tercera parte del mínimo legal conforme a esta Ley, se declarará ante el Juez, debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva.

d) Tratándose de la reducción de la Pena Privativa de la Libertad, el procesado deberá abonar por concepto del beneficio otorgado, una suma equivalente a dos veces el valor de las mercancías materia del delito más los tributos dejados de pagar, sin perjuicio del decomiso de las mercaderías materia del delito.

e) Una vez efectuado el depósito del monto establecido en el inciso anterior, el Juez dictará sentencia conforme a lo acordado dentro de las cuarenta y ocho horas.

f) Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado son correctas, y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la reparación civil, enunciando en su parte resolutiva que ha habido acuerdo de los sujetos procesales.

g) La sentencia será elevada en consulta al Tribunal Superior, el que deberá absolverla en un término no mayor a tres días hábiles. El auto que deniegue el acuerdo referido es apelable en un solo efecto, en el término de un día hábil.

Los fondos obtenidos por la terminación anticipada del proceso, descrito en el inciso d), a excepción del monto por tributos que será entregado al Tesoro Público, serán distribuidos entre las siguientes instituciones y personas, en los porcentajes siguientes:

Denunciante..... 40%
Poder Judicial 20%
Ministerio Público 20%
Policía Nacional del Perú 20%

Artículo 25o.- Para los efectos de la investigación y proceso penal o administrativo, tanto el Certificado de Inspección como la Declaración de Importación podrán ser contradichos mediante prueba documental que acredite diferencias de cantidad, calidad o valor.

ANEXO 13: LEY N° 28008 – ARTÍCULO 20°: CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO POR DELITOS ADUANEROS

Ley N° 28008: Artículo 20°.- Conclusión anticipada del proceso por delitos aduaneros

Los procesos por delitos aduaneros podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:

a. A iniciativa del Ministerio Público o del procesado el Juez dispondrá, una vez iniciado el proceso y antes de formularse la acusación fiscal, siempre que exista prueba suficiente de responsabilidad penal, por única vez para los delitos contemplados en la presente Ley, la celebración de una audiencia especial y privada, en cuaderno aparte y con la asistencia de los sujetos procesales y del abogado defensor del procesado.

b. En esta audiencia, el Fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el procesado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o podrá rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias de su aceptación de responsabilidad total o parcial.

c. Tratándose de la terminación anticipada, se impondrá al procesado que acepte su aplicación el mínimo legal de la pena, según corresponda al delito aduanero cometido.

d. Tratándose de la reducción de la pena privativa de la libertad, el procesado deberá abonar por concepto del beneficio otorgado, una suma equivalente a dos veces el valor de las mercancías materia del delito más los tributos dejados de pagar, y los derechos antidumping o compensatorios cuando correspondan, sin perjuicio del decomiso de las mercancías e instrumentos materia del delito.

e. Una vez efectuado el depósito del monto establecido en el inciso anterior, el Juez dictará sentencia conforme a lo acordado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas.

f. Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer son las adecuadas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la reparación civil, enunciando en su parte resolutiva que ha habido acuerdo de los sujetos procesales.

g. La sentencia será elevada en consulta al Tribunal Superior, el que deberá absolverla en un término no mayor a tres (3) días hábiles. El auto que deniegue la aplicación de la terminación anticipada es apelable en un solo efecto, en el término de un día hábil.

Los fondos obtenidos por la terminación anticipada del proceso descrito en el inciso d), a excepción del monto por tributos, derechos antidumping o compensatorios, serán distribuidos entre las siguientes instituciones y personas, en los porcentajes siguientes:

Denunciante..... 50%
Poder Judicial 15%
Ministerio Público 15%
Policía Nacional del Perú 15%
Administración Aduanera 5%

Los fondos obtenidos por la Administración Aduanera serán destinados a campañas educativas y de publicidad en la lucha contra los delitos aduaneros.
En el caso que colaboren las Fuerzas Armadas sin la participación de la Policía Nacional, el 15% de los fondos inicialmente establecidos para la Policía Nacional le corresponderá a las Fuerzas Armadas.
Cuando la colaboración es conjunta entre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, el 15% de los fondos se distribuirá equitativamente entre ambas instituciones.

En el caso de inexistencia de denunciante y que la acción para descubrir los delitos hubiere correspondido a la Administración Aduanera, Policía Nacional o Fuerzas Armadas, el porcentaje asignado al denunciante corresponderá a una de las tres entidades, o se repartirá equitativamente cuando hubieran participado conjuntamente, según corresponda. Consultado el 27 de julio de 2020 en: http://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-05.htm

PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

Con la finalidad de garantizar la participación de la víctima en los acuerdos provisionales y en las negociaciones en la terminación anticipada, se debe modificar el inciso 2 y 5 del artículo 468° del Código Procesal Penal de 2004, agregándose al actor civil en dichos textos normativos, de la siguiente manera:

> **Inciso 2 del artículo 468° del Código procesal penal de 2004: El fiscal, el actor civil y el imputado** podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales (…).
>
> **Inciso 5 del artículo 468° del Código procesal penal de 2004: Si el fiscal, el actor civil y el imputado llegan a un acuerdo acerca** de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva(…)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS:

Arbulú Martínez, V. J. (2015). *Derecho Procesal Penal – Un enfoque doctrinario y jurisprudencial.* Tomo I y II. Gaceta Jurídica.

Armenta Deu, T. (2012). *Sistemas Procesales Penales – La justicia penal en Europa y América.* Marcial Pons.

Avella Franco, P. O. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio.* Fiscalía de la Nación – Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.

Bazzani Montoya, D. (2008). *El Principio de oportunidad y la Terminación anticipada del proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal.* Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Barona Vilar, S. (1994). *La conformidad en el proceso penal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

Butrón Baliña, P. (1998). *La conformidad del acusado en el proceso penal.* Editorial McGraw-Hill.

Burgos Alfaro, J. (2013). Los derechos del agraviado en el proceso penal. En: Revilla Llaza, P. (coord.). *Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal.* (pp. 449-526). Editorial Gaceta Penal & Procesal Penal.

Cordero, F. (2000). *Procedimiento Penal.* Revista: Temis.

Cubas Villanueva, V. (2006). *El proceso penal – Teoría y jurisprudencia constitucional*. Editorial Palestra.

Cubas Villanueva, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano – Teoría y práctica de su implementación*. Editorial Palestra.

Ferreiro Baamonde, X. (2005). *La Víctima en el Proceso Penal.* Editorial La Ley.

Frisancho Aparicio, M. (2019). *Procesos Penales Especiales. Colaboración eficaz - Terminación Anticipada- Proceso Inmediato.* Editorial: Ediciones Legales.

García Toma, Víctor. (2013). *Los Derechos Fundamentales*. Editorial: Adrus.

Gálvez Villegas, T. & Delgado Tovar, W. J. (2013). *Pretensiones que pueden ejercitarse en el Proceso Penal.* Editorial: Jurista.

Gálvez Villegas, T. (2016). *La Reparación Civil en el Proceso Penal – Análisis doctrinario y jurisprudencial.* Tercera edición. Editorial Pacífico.

Gimeno Sendra, V. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Penal.* Segunda edición. Editorial Colex.

Gimeno Sendra, V. (2007). *Derecho Procesal Penal.* Segunda edición. Editorial Colex.

Gómez Pavajeau, C.A. (2010). *Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad.* Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Guerrero, O. (2004). "El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental". *Estudios Penales 2. Instituto de Estudios del Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación.* Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-19.pdf

Guevara Paricana, J. (2007). *Principios Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial: Grijley.

Jerold, H., Kamisar, Y., LaFave, W., y King, N. (2012). *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.* Gómez, J. (Coord.), Esparza, I., Pérez, M., Planchadell, A., Beltrán, A., y Gánem, E., (Trad.) y Mungo, H. (Col.). Editorial: Tirant lo Blanch.

Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigación Oral*. Editorial: Idemsa.

Nieva Fenoll, J. (2017). *Derecho Procesal III – Procesal Penal*. Editorial: Marcial Pons.

Márquez Piñero, R. (1994). *El Sistema jurídico de los Estados Unidos de América.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Distrito Federal. Recuperado el 10 mayo de 2019 en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/206-cuadernos-constitucionales-mexico-centroamerica-13-el-sistema-juridico-de-los-estados-unidos-de-america

Molina Arrubla, C. M. (2010). *La Víctima en el Proceso Penal. S*egunda edición. Editorial: Diké.

Oré Guardia, A. (2016). *Derecho Procesal Penal peruano – Análisis y comentarios al Código Procesal Penal.* Editorial: Gaceta Jurídica.

Peña Cabrera, R. (1997). *Procesos Penales Especiales – Nuevas Tendencias en el Proceso Penal Peruano.* Editorial: San Marcos.

Reyna Alfaro, L. (2006). *Estudio Final: La Víctima en el Sistema Penal"*; en REYNA ALFARO, Luis Miguel (traducción, presentación y estudio final); *"La Víctima en el Sistema Penal: Dogmática, proceso y política criminal";* editorial Grijley.

Reyna Alfaro, L. (2009). *La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal.* Editorial: Jurista.

Rosas Yataco. J. (2014). *Los Sujetos en el Nuevo Código Procesal Penal D.L.957.* Editorial: Lex & Iuris.

Rosas Yataco, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal – Doctrina – Jurisprudencia – Modelos.* Editorial: Jurista.

Rosas, Yataco. J. (2018). *Derecho Procesal Penal – Doctrina, jurisprudencia y legislación actualizada.* Editorial: CEIDES.

Rodríguez García, N. (1997). *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado.* Editorial: Universidad de Salamanca.

Rubio Correa, M. & Arce, E. (2018). *Teoría Esencial del OrdenamientoJurídico Peruano*. (30). Colección Lo Esencial del Derecho. Editorial: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salinas Mendoza, D. (2011). *Terminación Anticipada del Nuevo Proceso Penal Peruano – Estructura y Función.* Editorial: Palestra.

Sánchez Velarde, P. (2005).

Sánchez Velarde, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal.* Editorial: Idemsa.

San Martín Castro, C. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Editorial: Grijley.

San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal - Lecciones.* Editorial INPECCP & CENALES.

San Martín Castro, C. (2017). *Derecho Procesal Penal Peruano – Estudios.* Editorial: Gaceta Jurídica.

Sendra, G. (2007). *Derecho Procesal Penal.* Editorial: Colex.

Solís Espinoza, A. (1990). *Criminología.* Editorial DESA.

Zamora Grant, J. (2016). *Derecho victimal – La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*. Editorial: INACIPE.

Zusman T, S. (2018). *La Interpretación de la Ley. Teorías y Métodos*. 30. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; Colección Lo Esencial del Derecho.

ARTÍCULOS:

Angarita, D. (2014). Pre acuerdos y allanamiento unilateral en la Ley 906 de 2004. Principales restricciones y su justificación. Editorial: *Inciso*. Vol (16). p. 115-125.

Arévalo Lizarazo, E. P. y Fajardo Morales, L. V. El Derechos de las Víctimas en el Procedimiento Penal Colombiano. *Revista Iter ad Veritatem del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás*, s/d. (11), 103-116.

Armenta Deu, T. (2015). Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. 1. (1). pp.121-139.

Barzola Pillaca, J. E. (2019). Examen dogmático de la terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004, con especial atención del artículo 468 y énfasis en la participación del actor civil. *Gaceta Penal & Procesal Penal,* (124), 264-291.

Barzola Pillaca, J. E. (2020). La evolución del tratamiento del agraviado y del actor civil en las normas procesales penales: hacia un cambio de paradigma victimo-céntrico. *Actualidad Penal - Instituto Pacífico,* (70), 195-230.

Bazzani Montoya, D. (2009). Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargos. Derecho Penal y Criminología. Recuperado el 30 de julio de 2019. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/523

Borasi, I. (2017). Patteggiamento. *AltalexPedia*. Recuperado el 20 de junio de 2020, en: https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2013/10/25/patteggiamento#_Toc323908178

Callari, F. (2012). Patteggiamento e canone decisorio dell´ oltre ogni ragionevole dubbio: I termini di un binomio “impossibile”. Milán: *Diritto Penale Contemporaneo*. (s/d). Recuperado el 25 de mayo de 2020, en: https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351002210patteggiamento.pdf

Callari, F. (2012). L´applicazione della pena su richiesta delle parti: uno “speciale” paradigma processuale cognitivo. *Archivo Penale* (3). Recuperado el 25 de mayo de 2020, en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7018087

Calle, A. (2004). Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación. Editorial *Nuevo Foro Penal.* (67), p. 84-99.

Cancio Meliá, M. (2000). Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor. Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penales (1).

Casso, G. (2003). El sistema procesal penal italiano. (Ventajas y dificultades). Editorial *Díkaion*. 17. (12). Recuperado el 30 de junio de 2020. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=720/72001203.

Daley, F. (1980) Fuentes del Derecho en los Estados Unidos: la Muerte del Derecho Consuetudinario, las Fuentes escritas en la Edad del Derecho Positivo, y el Papel y Efecto de los Restatements of the law". *Ius et Veritas*, (13), año IX, pp. 75-110.

Drapkin S., I. (1980). El Derecho de las víctimas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; Tomo 33. Recuperado el 10 de junio de 2019. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=720/72001203. pp. 367- 386

Díaz Gonzáles, A. (2014). El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. *Cuadernos de Derecho Penal.* (11) Disponible en: https://doi.org/10.22518/20271743.309

Ezequiel, L. (2018). Los procedimientos especiales abreviados del Código Procesal Penal italiano. Revista: *Prudentia Iuris.* (85). pp. 37-66.

Ferrante, M. (1994). El Convidado de piedra: Sobre el rol de la víctima en el Proceso Penal. (pp. 85-114) Recuperado el 15 de agosto de 2019. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/63/el-convidado-de-piedra-sobre-el-rol-de-la-victima-en-el-proceso-penal.pdf

Ferré Olivé, J. C. (2018). El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (s/d). Recuperado el 20 de junio de 2020. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf

Fernández Muñoz, K. (2010). La Conformidad: Una Aproximación a su Definición en el Nuevo Código Procesal Penal. Revista: *Derecho & Sociedad,* (34), 210-234.

García Pablos De Molina, A. (1993). El redescubrimiento de la víctima, Victimización secundaria y programas de reparación del daño. En

Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología. Consejo General del Poder Judicial

Ippolito, D. (2007). El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (30). Editorial: *Doxa,* pp. 525-542.

Landa Arroyo, C. (2013). La Constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la facultad de Derecho de la PUCP*. (71). pp. 13-23.

Landa Arroyo, C. (2016). La Constitucionalización del Derecho ProcesalPenal: El Nuevo Código Procesal Penal Peruano. Revista: Themis. (68). pp.181-191.

Lascuraín, J. & Gascón, F. (2018). Por qué se conforman los inocentes. Análisis del Derecho. Editorial: InDret. (s/d). pp. 1-28.

Larussa, A. (2018). Archiviazione del procedimento penale. Revista electrónica: AltalexPedia. Enciclopedia giuridica online. Recuperado el 15 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2018/07/24/archiviazione-del-procedimento-penale.

Lupária, D. (2014). Los veinticinco años del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa. Revista: *Diritto Penale Contemporaneo*. [Fecha de consulta 30 de junio de 2020]. Disponible en: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3434-los-veinticinco-aos-del-proceso-penal-italiano-y-las-tendencias-de-reforma-en-europa

Márquez Cárdenas, A. (2006). Las víctimas en el nuevo sistema procesal acusatorio y su reconocimiento por la Corte Constitucional. Vol. IX. (18). Editorial: Prolegómenos. Derechos y Valores. pp.127-152.

Márquez Cárdenas, A. (2009). Facultades de las víctimas como sujetos procesales en el sistema acusatorio de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Vol. XII. (23). Editorial: Prolegómenos. Derechos y Valores. pp.21-33.

Márquez Cárdenas, A. (2011). La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal. Vol. XIV. (27). Editorial: Prolegómenos. Derechos y Valores. pp.27-42

Marcolini, S. (2012). Pactitude. Recuperado el 17 de junio de 2020, en: https://www.treccani.it/enciclopedia/patteggiamento-dir-proc-pen_(Diritto-on-line)/

Maier B. J. (1991). La Víctima y el Sistema Penal. *Revista Jueces para la Democracia*. (12) Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528762

Macedonio Hernández, C. (s.f.). Breve análisis del origen y evolución de la víctima en el Derecho Penal. Consultado el 21 de agosto de 2019. Disponible en: http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/origenyevolucion.pdf

Méndez Longoria, M.A. (2007). Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson. En Cuadernos Unimetanos. Editorial: Universidad Metropolitana. (11), pp. 139- 156.

Montañez Ruiz, J.C. (2013). Las Negociaciones en el Proceso Penal: Del Procedimiento Inquisitivo a la Prisionización Masiva. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. (34), (97), pp. 65-83.

Olaizola, I. (2010). El Principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho penal? Proyecto de investigación Ministerio de Ciencia e Innovación. (s/d),15-34.

Pascuali, R. (2018). Il patteggiamento. Consultado el 17 de junio de 2020, en: http://www.libraiuris.it/index.php?option=com_content&view=article&id=381:il-patteggiamento&catid=58:procedura-penale&Itemid=67

Pepino, L. (2003). Internacional. Breve aproximación al sistema procesal italiano. Editorial: *Jueces para la democracia*. (48) pp. 97-102.

Pedraza, M. (2011). Finalidades de la indagación preliminar en Colombia. Revista electrónica: *Derecho penal online.* https://derechopenalonline.com/finalidades-de-la-indagacion-penal-en colombia/

Pignatelli, A. (1987). Ministerio público y juez en el futuro proceso penal italiano. Traducido por Ibáñez. Editorial: *Jueces para la democracia*. (2). pp.27-31.

Pizzi, W. y Montagna, M. (2004). La batalla para el establecimiento en un sistema penal acusatorio en Italia. Recuperado el 20 de mayo de 2019. Disponible en: https://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la_batalla.pdf

Reyna Alfaro, L.M. (2009). *La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal.* Editorial: Jurista.

Rivero, María P. (s.f.). Una mirada hispana a la historia universal. Recuperado el 21 de agosto de 2019. Disponible en: http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm

Riveros, J. D. (2008). Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004. *Editorial: Universitas*. (116), 173-200.

Rodríguez Delgado, J.A. (1996). La Víctima en el olvido. (7) (12) Revista Ius et Veritas. *Editorial: PUCP*. pp. 179-184.

Rodríguez Hurtado, M. P. (s/f). Los Principios de la Reforma y el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP). *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*, (8), pp.139-173.

Rubio Eire, J. V. (2014). El sistema procesal penal italiano. Recuperado el 02 de mayo de 2020. Disponible en: https://elderecho.com/el-sistema-procesal-penal-italiano

San Martín. C. (2008). Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho Penal Nacional. *Revista Oficial del Poder Judicial,* (2), (1), pp. 73-101.

Satzger, H. (2015). El sistema procesal penal de los Estados Unidos: ¿Un modelo para el derecho procesal penal de la Unión Europea? *Revista de Derecho Penal y Criminología – La Ley.* (03), 45-59.

Taboada Pilco, G. (2009). El Proceso Especial de Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal: Especial referencia a su aplicación en el Distrito Judicial de la Libertad. Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4979/Terminacion_anticipada.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ugaz Zegarra, F. Técnicas de negociación de acuerdos en el nuevo Código procesal penal: Especial referencia a los acuerdos de terminación anticipada. Instituto de Ciencia procesal penal (Internet). Recuperado el 16 julio de 2019. Disponible en: http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/negociacionfuz.pdf

Vargas Ysla, R.N. (2009). Cuestiones Problemáticas de la Terminación Anticipada. *Revista Vox Iudex II de Derecho Penal & Procesal Penal*. Tomo 3.

Zamora Grant, J. (2016). Derecho victimal – La víctima en el nuevo sistema penal mexicano. Editorial: INACIPE.

Umbarila (2005): "(…) son los fiscales los titulares de la pretensión punitiva del Estado y tienen como principales funciones las de investigar y acusar" (p. 19).

TESIS:

Arroyo Acostupa, R. (2016). *La terminación anticipada en los delitos aduaneros ¿manifestación de un derecho penal sancionador?* [Tesis]. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9606

Fraga Mandián, J. (2016). *La Sentencia de Conformidad. Especial consideración de la denominada Conformidad Premiada* [Tesis doctoral]. https://gredos.usal.es/handle/10366/132926

García-Panasco Morales, G. (2016). *La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de fiscal investigador* [Tesis doctoral]. https://accedacris.ulpgc.es/handle/10553/21689

Íñiguez Ortega, Pilar. (2003). "*La Víctima: aspectos sustantivos y procesales*". (Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho). http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3618

Leyton Jiménez, J.F. (2008). Víctimas, Proceso Penal y Reparación. [Tesis]. http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-leyton_j/pdfAmont/de-leyton_j.pdf

Pérez, M. A. (2001). *Las instrucciones al Jurado (Análisis comparativo de su concepto, contenido, efectos y relación con el objeto del veredicto en los sistemas de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de Norteamérica y España, así como de su práctica respectiva),* (Tesis doctoral). Universidad Jaume I de Castellón, España.

Quinteros, C. A. (2013). *La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica* (tesis doctoral). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 16 jul 2019]. Sentencia N° C-394-94. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-394-94.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 16 jul 2019]. Sentencia N° C-425-96. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-425-96.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 25 jul 2019]. Sentencia N° C-273-98. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-273-98.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 30 Ago 2019]. Sentencia N° C-277-98. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-277-98.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 16 jul 2019]. Sentencia N° C-799-05 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-799-05.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 16 jul 2019]. Sentencia N° C-1194/05 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1194-05.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 28 jul 2019]. Sentencia N° C-1154/05 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1154-05.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 10 jun 2019]. Sentencia N° T-091/06 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-091-06.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 15 jul 2019]. Sentencia N° C-454-06. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-454-06.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 10 set 2019]. Sentencia N° C-209/07 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-209-07.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 10 nov 2019]. Sentencia N° C-356/07 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-356-07.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 15 jul 2019]. Sentencia N° C-516/07 Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-516-07.htm

Corte Constitucional de Colombia [Internet]. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia [citado 15 jul 2019]. Sentencia N° C-893/12 Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-893-12.htm

Poder Judicial [Internet]. Lima: Poder Judicial [citado 10 jul 2019]. Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116. Asunto: Proceso de Terminación Anticipada: Aspectos Esenciales. Disponible en:https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8246b4004075b97fb5e9f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_05-2009-CJ-116_301209.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8246b4004075b97fb5e9f599ab657107

Poder Judicial [Internet]. Lima: Poder Judicial [citado 10 jul 2019]. Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116: Acusación Directa y Proceso Inmediato. Disponible en:https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3e883d804075b653b4e9f499ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_06-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3e883d804075b653b4e9f499ab657107

Poder Judicial [Internet]. Lima: Poder Judicial [citado 10 jul 2019]. Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116: Constitución del Actor Civil: Requisitos, oportunidad y forma. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5cac5a004075b5cfb442f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+5-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5cac5a004075b5cfb442f499ab657107

Poder Judicial [Internet]. Lima: Poder Judicial [citado 20 jul 2019]. Acuerdo Plenario N° 2-2016/CJ-116: Proceso inmediato y reformado. Legitimación y alcances. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/eccc3e004f29600a908eb8ecaf96f216/ACUERDO%2BPleno%2BExtraordinario+2-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eccc3e004f29600a908eb8ecaf96f216

Poder Judicial [Internet]. Lima: Poder Judicial [citado 10 nov 2019]. Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50e6df004ff83518b1c9b56976768c74/4-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50e6df004ff83518b1c9b56976768c74

Resolución S/N, de fecha10 de julio de 2018 de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao. Exp. 2826-2017.

Recurso de apelación N° 3522-2017, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior del Callao.

Recurso de Casación N° 1443-2018/Callao, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Recurso de Casación N° 1223-2018/Callao, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Tribunal Constitucional [Internet]. Lima: Tribunal Constitucional [citado 10 jul 2019]. Exp. N° 736-2005-PA/TC. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?tema=derecho_a_la_tutela_jurisdiccional&action=categoria

Tribunal Constitucional [Internet]. Lima: Tribunal Constitucional [citado 15 jul 2019]. Exp. N° 00039-2017-Q/TC-Lima, recurso de agravio constitucional, fundamento 8. Disponible en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00039-2017-Q%20Resolucion.pdf

Tribunal Constitucional [Internet]. Lima: Tribunal Constitucional [citado 12 jul 2019]. Exp. N° 582-2006-PA/TC. Caso Banco Wiese Sudameris S.A.A.. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principaljurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143880

Tribunal Constitucional [Internet]. Lima: Tribunal Constitucional [citado 10 jul 2019]. Exp. N° 4689-2012-HC. Disponible en: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04689-2012-HC%20Resolucion.pdf

Tribunal Nacional colombiano en el registro N° 6.291, providencia del 09-IX-94.