

La Justicia Negociada tras el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema*

Yolanda Doig Díaz**

“En el presente artículo se examina la Terminación Anticipada, un instituto, que tras un sucesivo perfeccionamiento para precisarlo, se erige como un instrumento de suma utilidad para los fines del proceso”.

Es verdad que toda reforma judicial se enfrenta a la difícil tarea de intentar contemplar todos los problemas que la práctica, siempre más rica y detallista que un texto legal, provoca¹.

Lamentablemente, no basta con instaurar un proceso para pensar que sus reglas van a regir con toda su amplitud en el Derecho positivo². Resulta preciso superar los usos forenses arraigados en el modelo procesal anterior y las prácticas divergentes de unos y otros tribunales al aplicar el Derecho procesal³. Y un buen ejemplo de ello es el Proceso de Terminación Anticipada previsto en el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP), cuyas iniciales dudas interpretativas provocaron que los Jueces Supremos consideren conveniente celebrar un Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, de 13 de noviembre de 2009, precisando algunas cuestiones controvertidas detectadas durante los primeros años de aplicación práctica de dicho instituto. A la vista de su trascendencia y de la oportunidad y solidez de sus fundamentos, considero importante abordar concretos aspectos del Acuerdo que clarifican y resuelven las vacilaciones de los primeros años de implantación del Proceso de Terminación Anticipada, no sin antes reflexionar en torno a la naturaleza de la decisión del Pleno.

1. Naturaleza del Acuerdo Plenario

Antes de abordar cuatro cuestiones problemáticas de la Terminación Anticipada solventadas por el Pleno,

resulta conveniente hacer un inciso sobre la eficacia que tiene dicho acuerdo para el resto de juzgados y tribunales peruanos. Se trata de concretar si son directrices con un carácter admonitivo o si tienen carácter vinculante y, por tanto, de obligatoria aplicación por todos los Jueces que han de sustanciar los procesos de Terminación Anticipada.

El fundamento legal de este acuerdo reside en el art. 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud del cual, los jueces que integran Salas especializadas pueden reunirse en Plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales. En el caso del Acuerdo N° 5-2009/CJ-116, al provenir de los Jueces Supremos de lo Penal, su ámbito tiene alcance nacional.

Una primera aproximación al Acuerdo Plenario permite afirmar que tienen naturaleza normativa en tanto en cuanto ordena el proceso especial de terminación anticipada previsto en los arts. 468 y ss del CPP. Distinto es que pueda reconocérsele carácter jurisdiccional, si es que por jurisdicción se entiende la potestad atribuida a los jueces para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico⁴. No puede afirmarse tampoco que tenga un carácter gubernativo puesto que no se trata de una decisión que establezca pautas sobre la gestión de los tribunales o el funcionamiento de la administración de justicia peruana.

* Este trabajo se integra en el Proyecto de Investigación «La Reforma de la Justicia Penal», SEJ 2007-62039, subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y dirigido por el Dr. Vicente Gimeno Sendra.

** Profesora Titular Derecho Procesal en la Universidad de castilla - La mancha.

1 Reflexión de GOMEZ COLOMER, J.L., Comentarios a la Ley del Jurado, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 60.

2 En ese sentido véase GIMENO SENDRA, V., Fundamentos de Derecho Procesal, Madrid, 1981, pág. 61.

3 DE LA OLIVA, A., Derecho Procesal. Introducción. 3ª Edic., CEURA, Madrid, 2004, pág. 130.

4 GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho, Madrid, Colex, 2004, pág.29.

Un segundo análisis del término «jurisdiccional», atendiendo a su finalidad, revela que tal denominación obedece a la necesidad de que el acuerdo sea aplicado por los jueces al ejercer la jurisdicción, en los términos antes descritos.

Sentado su carácter normativo, es preciso concretar si los razonamientos del Acuerdo Plenario tiene un carácter vinculante, y para ello es conveniente una lectura detenida del Acuerdo N° 5-2009/CJ-116. Se afirma en el párrafo 4° del apartado Antecedentes que las directrices constituyen «doctrina legal», de lo que se deduciría –únicamente– su carácter de fuente del Derecho. En el mismo párrafo se añade: «se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial».

Sabido es –pese a la contundencia de tal afirmación– que el carácter vinculante de la jurisprudencia no constituye una decisión susceptible de ser adoptada en un decreto ni por Acuerdos de los Jueces Supremos, sino que proviene de un reconocimiento legal, tal y como sucede con las sentencias pronunciadas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema, como expresamente reconoce el art. 22 TUO LOPJ. En estos casos, esta «doctrina legal» surge con ocasión de la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho a un caso concreto⁵, y consagra principios jurisprudenciales que son de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

La finalidad que reviste el citado art.22 LOP no es otra que la de garantizar el principio de seguridad jurídica, en tanto en cuanto el justiciable adquiere certeza y previsibilidad respecto del resultado de un proceso. Pero no sólo la certeza es uno de los fines que se pretende alcanzar cuando las decisiones judiciales adquieren carácter vinculante, sino también el principio de igualdad, en tanto en cuanto se afirma un tratamiento igual de los ciudadanos ante los tribunales⁶. En el Perú, como en el resto de sistemas jurídicos, dicha función corresponde al órgano situado en la cúspide del organigrama jurisdiccional que asume la difícil misión de guiar la labor judicial a través de criterios interpretativos homogéneos⁷.

A diferencia de la doctrina jurisprudencial del Art.22 TUO LOPJ, cuyo método de producción es inductivo, los Acuerdos Plenarios son producto del método deductivo, fruto de un proceso de abstracción y dogmatización en el que la materia prima, por así decirlo, son cierto número de decisiones judiciales en la que se han detectado errores interpretativos.

De la lectura de los Acuerdos Plenarios adoptados por la Corte Suprema, se advierte el proceso de elaboración de la doctrina: 1. Consulta a operadores jurídicos sobre los concretos problemas que se suscitan en los puntos objeto del acuerdo. 2. Consulta de resoluciones que analizan y deciden sobre el tema objeto del acuerdo. 3. Preparación de puntos de discusión y proyecto de decisión. 4. Debate y deliberación.

No cabe duda, a la vista de lo analizado hasta el momento, que sin perjuicio de la distinta metodología aplicada en la elaboración de principios interpretativos, tanto las ejecutorias como el Acuerdo del Pleno tienen por finalidad, de un lado, asegurar que los tribunales interpreten y apliquen correctamente las leyes; y, de otro, sentar criterios generales sobre la interpretación y aplicación del Derecho⁸. Y es que, pese a la diferencia en su proceso de elaboración, es evidente que los pronunciamientos de los Jueces del Supremo en dichas sentencias han permitido detectar problemas y dudas en la aplicación de la Terminación Anticipada que, es preciso reconocerlo, no siempre pueden ser conocidos por el superior y, por tanto, modificados en la resolución del recurso, que, como es sabido, está delimitado por los pronunciamientos recurridos por las partes. Como precisa el acuerdo «la complejidad y singulares características del tema abordado, (...) rebasa los aspectos tratados en las diversas ejecutorias supremas», y requieren, entiendo, de un pronunciamiento más amplio y menos específico y concreto como el previsto en tal acuerdo.

A modo de conclusión, puede advertirse que en los razonamientos expuestos anteriormente no se cuestiona la competencia del Pleno de Jueces para dictar acuerdos, por el contrario, merecen una valoración altamente positiva en tanto en cuanto dan solución a cuestiones sobre las que juzgados y salas mantienen distintos criterios, pero lo anterior no supone reconocer un carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento sino normativo. Y de ello se desprende que, si el juez se aparta de la interpretación del acuerdo, tal distanciamiento no cabría ser sancionado de nulo pero, su carácter normativo, sí exige del juez una justificación de la discrepancia.

Sentado lo anterior, se abordarán a continuación cuatro cuestiones del acuerdo objeto de aclaración: el carácter especial del proceso de terminación anticipada, su ámbito de aplicación, la fase de admisión y, por último, el control judicial del acuerdo.

2. La Terminación Anticipada es un Proceso Penal Especial

Uno de los puntos que el Acuerdo Plenario aborda es el de la norma procesal que debe aplicarse en la

5 GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho*, cit., Colex, 2004, pág.40

6 Sobre la casación véase; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Apelación y casación en el proceso civil* (con GARBÉRÍ LLOBREGAT, J.), 1994, pág. 174

7 Véase sobre el fundamento del recurso de casación el completo estudio de VECINA SIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 128.

8 DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil. El derecho de Declaración*, 3ª Edic., CEURA, Madrid, 2004, pág. 503.

tramitación del proceso de Terminación Anticipada, cuando se detectan vacíos o lagunas en la aplicación de los artículos 468 al 471 CPP.

En primer lugar, el Pleno Jurisdiccional precisa el carácter autónomo de dicho proceso dentro del juicio en el que se ventila, descartando que pueda ser considerado como un incidente procesal o como accesorio del principal. En segundo lugar, a la citada autonomía se añade la especialidad del proceso, que no responde a su ámbito material de aplicación, puesto que tiene vocación de generalidad en tanto en cuanto resulta procedente en procesos por cualesquier delito. Su especialidad responde a la forma anormal de terminación del proceso, en una fase anterior al pronunciamiento de la acusación.

“(…) si el juez se aparta de la interpretación del acuerdo, tal distanciamiento no cabría ser sancionado de nulo (…)”

Al tratarse de un proceso especial, se ha aplicar, en primer lugar, su normativa específica prevista en los arts. 468 a 471 del CPPP, y en caso de vacío normativo, se recurre de forma supletoria a la regulación del proceso común del CPP o del proceso ordinario del Código de Procedimientos Penales.

Se prevé pues que ante un vacío o laguna interpretativa se recurra a aplicar supletoriamente una regulación que sólo puede ser la prevista para el proceso común o el ordinario, y dicha interpretación no debe entrar en colisión con el sentido y los principios que informan el Proceso de Terminación Anticipada, cuya regulación –apunta el acuerdo– tiene carácter especial frente al general de la regulación común aplicada supletoriamente.

3. Ámbito de aplicación del Proceso Especial

La necesidad de establecer una clarificación en este extremo, cuando resulta nítida la opción del legislador peruano por una fórmula abierta que permita concluir el proceso de un modo anticipado en cualesquier clase de delitos, obedece a los problemas suscitados con la Ley 28008 de 18 de junio de 2003, Ley de Delitos Aduaneros. Dicha ley dedica su Título Primero a tipificar los delitos aduaneros, a saber, contrabando, defraudación de rentas de aduanas, receptación, etc., diseñando circunstancias que atenúan y agravan la responsabilidad penal y contempla reglas en materia de aplicación de la pena. En el Capítulo Segundo del Título II, se consagraba una modalidad de conclusión anticipada del proceso para delitos aduaneros, donde se establecía con precisión su tramitación. Pero no se trataba de la única existente, puesto que en 1994 se promulgó también Ley 26320, que estableció un procedimiento

de Conclusión Anticipada para los delitos de tráfico ilícito de drogas, previstos en los arts. 296, 298, 300, 301 302 del Código Penal.

El CPP, al implantar la terminación anticipada del proceso con carácter general sustituye las fórmulas que se contemplaban en leyes anteriores, pero no deroga, sin embargo, las normas de contenido penal que dichas leyes tipificaban, tal y como sucede con los delitos aduaneros, cuyas normas de contenido material tienen plena vigencia actualmente.

4. La Fase de Admisión del Proceso de Terminación Anticipada

En este punto, el acuerdo intenta precisar los requisitos y presupuestos que deben cumplirse en las distintas fases del proceso de terminación anticipada. Con ese fin, distingue entre una fase de admisión a la que denomina “fase inicial”, la fase de la audiencia o «fase principal» y, finalmente la «fase decisoria».

La etapa de admisión de la solicitud, a la que se dedica este apartado, significa someter la solicitud al examen de admisibilidad y procedencia del Juez que supone, en esta etapa preliminar, comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 468 CPP sin cuyo cumplimiento no puede válidamente instaurarse el proceso de terminación anticipada, ni, por lo tanto, puede el Juez de la Investigación Preparatoria, entrar en el examen jurídico material del acuerdo al que han llegado el Fiscal y el Imputado. Estos requisitos formales, de obligada observancia en el momento de la interposición de la solicitud de terminación anticipada, condicionan, pues, la admisibilidad y habrán de recaer sobre los siguientes aspectos de la solicitud:

Primero, que la solicitud se interponga en el momento procesal establecido en el CPP, esto es: tras el pronunciamiento de la Disposición Fiscal, lo que significa que el Fiscal habrá comprobado la existencia de indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito y que se ha individualizado al imputado.

Si, como se afirma anteriormente, el *dies a quo* para formalizar la solicitud es una vez pronunciada la Disposición Fiscal, el último día en el que puede aún admitirse a trámite es el pronunciamiento de la acusación fiscal. En consonancia con ello, el Juez de la Investigación Preparatoria podría inadmitir la solicitud de terminación anticipada si se pide antes de la Disposición Fiscal o con posterioridad al pronunciamiento de la acusación por parte del Fiscal.

Segundo, que la solicitud corresponda al Fiscal, al imputado o ambos y se inadmitirá si proviene del resto de sujetos procesales, tal y como podría ser si la insta el actor civil o la víctima, pues carecen de la legitimidad para promover la terminación anticipada.

Tercero, en caso la solicitud sea instada exclusivamente por el Fiscal o por el imputado, el Juez comprobará, antes de fijar la fecha de la audiencia, que no existe oposición por parte de la contraria pues, en dicho supuesto, no dará trámite a la misma.

Cuarto, que sea la primera vez que se insta el proceso especial de Terminación Anticipada tras el eventual acuerdo entre Fiscal e imputado, y de tratarse de un segundo intento corresponde al Juez rechazar dicha solicitud.

Quinto, no cabe la inadmisión de la solicitud por razones que no estén expresamente previstas en el CPP. Las condiciones que deben ser vigiladas por el Juez, para dar trámite a la solicitud, no dependen del libre arbitrio judicial, y no procede, en consecuencia que, discrecionalmente, cada Juez exija requisitos que pueda entender necesarios para admitir e iniciar la tramitación de la solicitud de Terminación Anticipada. Con un fin pedagógico, el Acuerdo Plenario brinda ejemplos de requisitos que no pueden ser exigidos por los Jueces para admitir a trámite la solicitud, tal y como puede suceder, con una concreta diligencia preliminar o la declaración del imputado.

5. El Control Judicial

La fase principal del proceso de terminación anticipada consiste –esencialmente– en celebrar la audiencia, cuya dirección recae sobre el Juez de la Investigación Preparatoria, a quien corresponde efectuar una comprobación de la capacidad de entendimiento del imputado cuanto del control de la legalidad del acuerdo. Y a estos dos extremos dedica su atención el acuerdo plenario, con la finalidad de establecer una suerte de «protocolo de actuación del juez» para la homologación final del convenio entre Fiscal e Imputado.

El primer ámbito de control judicial es el de la capacidad del imputado. Tras la intervención del Fiscal consistente en la presentación de los cargos y antes de que el imputado exprese su aceptación, el Juez comprobará que tiene conocimiento del alcance y consecuencias del eventual convenio. Como bien precisa el acuerdo del Pleno, el juez debe vigilar que el consentimiento sea 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 aceptado. El grado de comprensión de los alcances del acuerdo cobra una especial relevancia para el consentimiento del imputado, tal y como lo demuestran los siguientes dos casos de la práctica judicial del Derecho Comparado.

El primero proviene del Derecho Español, con la entrada en vigor de la LO 8/2002 de 24 de octubre

que modifica el art. 801 LECrim, que instaura la conformidad (allanamiento a la pena solicitada por el fiscal) premiada. En esta nueva modalidad de conformidad, el pronunciamiento de la sentencia corresponde al Juez de Instrucción de Guardia quien, tras controlar la legalidad del allanamiento del acusado, dicta sentencia condenatoria en la que premia la conformidad con una rebaja de un tercio de la pena instada por la acusación y, además, de considerarlo oportuno, aplica la sustitución de la pena o la suspensión condicional de la misma. Tal y como se configuró este allanamiento del imputado y en el marco del proceso en el que se presta, donde la celeridad cobra un valor especial, podía suceder que entre la detención del presunto imputado y la celebración de la vista ante el juez de guardia no hayan transcurrido más de 72 horas. Precisamente esta celeridad, que constituía uno de los principios informadores de la reforma, agravaba la especial situación a la que se enfrentaban los toxicómanos que, al llevar unos días detenidos, con la consiguiente merma de sus facultades intelectivas, se veían predispuestos a manifestar su conformidad con el único objetivo de facilitar su puesta en libertad¹⁰.

“(…) corresponde efectuar una comprobación de la capacidad de entendimiento del imputado (…)”

De presentarse un supuesto similar en el marco del CPP, si el Juez de la Investigación Preparatoria duda de la conciencia y voluntariedad con la cual presta su aceptación el imputado es razonable que disponga el reconocimiento forense inmediato y, de no ser posible, la desestimación de la terminación anticipada con la consiguiente continuación del procedimiento.

El segundo de los casos propuestos ha generado tal controversia, que constituye un asunto pendiente en la Corte Suprema de los Estados Unidos. El asunto conocido como Caso Padilla, cuestiona la validez del “guilty plea” prestado por José Padilla en un asunto de tráfico de drogas, en el que la falta de información o la información equivocada que recibió de su abogado le impidieron conocer todas las consecuencias derivadas de su confesión. El núcleo de la discusión residió en el conocimiento parcial que Padilla tuvo sobre el alcance del acuerdo, que no sólo consistía en la confesión de culpabilidad y el cumplimiento de la prisión acordada, como originalmente pensaba, sino que también incluía una sanción administrativa consistente en la deportación de los Estados Unidos. La Corte Suprema del Estado de Kentucky no aceptó la revocación del acuerdo instada por Padilla, al considerar que la omisión del letrado de Padilla no lesionaba la Sexta Enmienda,

¹⁰ En estas circunstancias FUENTES DEVESA propone que el Juez recabe el dictamen forense para otorgar validez al consentimiento, ya que primeramente debe comprobar que el imputado se encuentre en condiciones idóneas para prestarlo, aun cuando ello suponga dilaciones en la tramitación. FUENTES DEVESA, R., «Las sentencias de conformidad dictadas por el Juez de Guardia», en Diario La Ley, Año XXIV, núm. 5794, pág.8.

que garantiza la efectiva asistencia letrada puesto que la deportación, en rigor, no constituía una consecuencia directa del acuerdo suscrito con el fiscal sino un efecto colateral del mismo¹¹.

Este ejemplo, extraído de la realidad judicial americana, difícilmente, puede suceder en los mismos términos en el marco del CPP, puesto que el papel desempeñado por el Juez de la Investigación Preparatoria –esencialmente protector de las garantías del debido proceso– no guarda identidad con el escaso control ejercido por el juez americano sobre el “plea bargaining” celebrado entre fiscal e imputado, ni con la indiferencia del Fiscal. Es por ello que, en el sistema americano, el problema del caso Padilla, se ha reconducido a una eventual lesión del derecho de defensa¹².

Lo que sí puede suceder, aunque no se ajuste al espíritu del CPP –y ha sucedido en la práctica judicial– es que no se informe al imputado sobre el cumplimiento de la pena, si será efectiva o si será condicional, y se omita cualesquier referencia a dicho extremo en el acuerdo. En un supuesto concreto, el Juez no desaprobó el Acuerdo sino que dictó la sentencia imponiendo una pena efectiva, que posteriormente, fue anulada por la Corte Superior. En este caso, como advierte la Corte, debe el Juez verificar que el imputado conoce todas y cada una de las consecuencias del acuerdo¹³.

La segunda fase del control judicial tiene lugar cuando el Fiscal y el imputado ya han alcanzado un acuerdo, del que se han de verificar –según el Pleno Jurisdiccional– tres aspectos: primero, la necesaria correspondencia entre los hechos objeto de la causa y la calificación jurídica del acuerdo; en segundo lugar, la legalidad de la pena impuesta, lo que supone establecerla entre los parámetros del tipo penal y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y reconocer que la reparación civil se rige por el principio dispositivo visto su carácter patrimonial y, en tercer y último término, el grado de convicción sobre la comisión del delito y la responsabilidad del imputado.

De la configuración legal de la Terminación Anticipada en el CPP se desprende, en principio, que el juez está vinculado por el acuerdo celebrado entre las partes, pero conservando un margen de control sobre la calificación legal, sobre la que es conveniente detenerse.

Cuando de la calificación legal se trata, podría suceder que tras el acuerdo, el Juez considere que los hechos

justificarían un sobreseimiento. Piénsese, pues, en el caso en el que el juez estima que el hecho objeto de la causa no se realizó y que responde a un probable fraude de ley o procesal. O al caso en que no puede atribuirse al imputado el hecho objeto de la causa, o que el hecho no es típico, o que concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; o que la acción penal se ha extinguido.

Entiendo que de concurrir algunas de las situaciones descritas, en las que procede el sobreseimiento, el juez debiera no aprobar el acuerdo y proseguir con la investigación preparatoria y, al finalizar esta, cabrá pronunciarse sobre el sobreseimiento siempre y cuando el Fiscal lo solicite o, tras la audiencia preliminar, si concurre alguno de los requisitos establecidos en el num 344.2 CPP. Esta posibilidad, que en rigor supone desvincularse del acuerdo entre las partes, responde a imperativos de legalidad e intenta impedir condenas improcedentes, incluso cuando sean aceptadas por el acusado¹⁴.

Lo que no procede, en ningún caso, es que el juez dicte una sentencia absolutoria pues ello supone, como bien precisa el Pleno Jurisdiccional, una valoración y un examen jurídico que corresponde practicarse en el juicio oral, a saber, el momento procesal oportuno para apreciar y valorar los actos de prueba y aplicar criterios como el *in dubio pro reo*.

Este control sobre la legalidad del acuerdo recaerá también sobre la pena impuesta y la reparación civil determinada. Respecto de la pena, advierte el Pleno Jurisdiccional que corresponde al juez controlar que la pena se ajuste a los parámetros, mínimo y máximo, y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Dicho control es realizado tomando en consideración los siguientes principios: proporcionalidad, finalidad de la pena o afectación indebida de los derechos e intereses de la víctima. En consonancia con tales principios, y a título ilustrativo, el acuerdo pone como ejemplo que el juez pueda rechazar el acuerdo si resulta patente que la pena o la reparación civil son desproporcionadas o que, en el caso de la pena, se lesiona ostensiblemente el principio preventivo.

En la práctica, y sin ánimo exhaustivo, entiendo que el examen del órgano jurisdiccional puede recaer en aquellas situaciones en las que del relato de hechos consensuados resulte la aplicación de una figura delictiva, de una forma de participación distinta o no se determine con precisión a qué supuestos de hecho se refiere el tipo penal invocado, en caso contemplara más de uno¹⁵. O si

11 ROBERTS, J., Ignorance is Effectively Bliss: Collateral Consequences of Criminal Convictions, Silence and Misinformation in the Guilty Plea Process (May 20, 2009). Iowa Law Review, Vol. 95, No. 119 y ROBERTS, J., The Mythical Divide Between Collateral and Direct Consequences of Criminal Convictions: Involuntary Commitment of “Sexually Violent Predators” (2008). Minnesota Law Review, Vol. 93, p. 670.

12 El Prof. Roberts cuestiona la pasividad del tribunal en el caso Padilla y advierte de la necesidad de que los tribunales vertebren alarmas para detectar casos como el de Padilla. ROBERTS, J., The Mythical Divide Between..., cit., 674.

13 Véase en este punto el auto de la Sala de Apelaciones de Huaura que declara nula la sentencia que aprueba el acuerdo de terminación anticipada, afirma la Sala «lo mínimo que el Juez debe tener en cuenta es que el imputado conozca exactamente las condiciones del acuerdo que realiza con el Fiscal, por ello es recomendable que en dicho acuerdo también ya este incluido no solo la reducción por confesión, sino también la sexta parte así como si la pena será efectiva o condicional ...». Auto de 15 de enero de 2007. Exp. 2007-865-FI. 215.

14 DE DIEGO DIEZ, L., *La conformidad del acusado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 363 y Circular núm. 1 de la Fiscalía General del Estado.

15 Auto de 19 de agosto de 2008, dictado por el Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria de Tacna, Exp. 2008-01062-87-2301-JR-PE-2.

de los hechos aceptados se desprende la existencia de un tipo privilegiado no tenido en cuenta, de un concurso de leyes, o de un delito continuado o de un concurso ideal de delitos, no apreciados por la calificación del acuerdo.

Este margen del control judicial responde al reconocimiento del principio tradicional *lura novit curia*¹⁶, y se sustenta en la aplicación del principio de legalidad penal que informa la actuación jurisdiccional, según la cual Jueces y Tribunales están sometidos a la ley, y en este extremo el margen de control del juez es incuestionable. Pero cabe preguntarse cuál ha de ser la respuesta del órgano judicial tras detectar el error o la omisión en el sentido descrito en el párrafo anterior, y que entiendo puede consistir en algunas de las siguientes opciones: comunicarlo a las partes y conceder un receso para la subsanación; comunicarlo a las partes y proponer una tesis alternativa y distinta a la mantenida en el acuerdo o, automáticamente, no aprobar el Acuerdo.

En mi opinión, la primera opción se corresponde con el espíritu del CPP y con el principio de conservación de los actos procesales, y ello supone que para ser ejercida en correspondencia con el derecho a un proceso con todas las garantías¹⁷, requiere cumplir con el principio de audiencia y contradicción y el derecho de defensa, lo que significa, en la práctica, conceder al Fiscal y al imputado la oportunidad para reformular ese extremo de su acuerdo antes del nuevo control judicial.

Entiendo que la segunda de las opciones desvirtúa el papel del Juez en el marco de la Terminación Anticipada y reduce la imparcialidad con la cual debe valorar la modificación introducida, sobre la que difícilmente podría discrepar, dado que, en rigor, se trata de su propuesta.

Distinto y por tanto discutible resulta el control judicial sobre la opción legalmente prevista del acuerdo sobre dos clases de penas, o la determinación concreta de la penalidad con arreglo al concurso de diversas circunstancias y a la mayor o menor gravedad del hecho. Cuando la pena postulada por el acuerdo se adecue a la legalidad, debe ser acogida por la sentencia en su concreta naturaleza y medida puesto que es acorde con la calificación mutuamente aceptada. La discrecionalidad del órgano judicial resulta entonces incompatible con esta modalidad de conclusión del proceso penal¹⁸.

Por último, y siempre en el marco del control judicial del acuerdo, corresponde tratar el sentido que atribuye el Pleno Jurisdiccional a la "suficiente actividad indiciaria"

que debe ser verificada por el Juez para aprobar el Acuerdo. Ello supone analizar el grado de vinculación que debe mantener el Juez respecto del relato fáctico, sobre el que no debiera adicionar ni omitir hechos.

Es preciso tener presente que, en el caso de la Terminación Anticipada, dicho control entraña un juicio jurídico que se proyecta sobre una descripción de los hechos que el Juez no ha efectuado y que no puede entrar a valorar¹⁹, pues ello propiciaría la intervención de impresiones adquiridas respecto de los hechos o de la participación del imputado durante la investigación.

Esta premisa responde a la imparcialidad que debe preservar el Juez y la conveniencia de no verse mediatizado por los eventuales prejuicios que sobre los hechos se hubiese podido formar²⁰. En consecuencia, resultará discutible que el Juez se pronuncie sobre la no existencia de pruebas, por ejemplo, pues la terminación anticipada supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no existir juicio derivado de tal aceptación de hechos²¹ sino el reconocimiento de hechos por parte del imputado.

"(...) juez está vinculado por el acuerdo celebrado entre las partes, pero conservando un margen de control (...)"

Sin embargo y, en lo que supone una apuesta por una Justicia Negociada fuertemente inspirada por un espíritu garantista, el Pleno del Tribunal Supremo pone énfasis en la necesidad de que los hechos delictivos tengan cierto grado de verosimilitud, y si el CPP exige en su art. 468 que «obren elementos de convicción suficientes» el acuerdo plenario, en mi opinión más exigente, se refiere a una «suficiente actividad indiciaria», definida como: las actuaciones o diligencias de la investigación que permitan concluir que existe base suficiente – y apuntan los Jueces Supremos "probabilidad delictiva"- de la comisión del delito y la responsabilidad del imputado.

La existencia de esta "actividad indiciaria" parece requerir pues de la necesaria práctica de ciertas diligencias o actuaciones previas. En ese sentido, no bastará pues con la declaración del imputado reconociendo la comisión de los hechos ni con el acuerdo que consagre tal reconocimiento, será preciso que exista coincidencia del hecho delictivo con la realidad histórica.

16 En ese sentido véase DE DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo, La conformidad del acusado, cit., pág. 367.

17 DE DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo, La conformidad del acusado, cit., pág. 369

18 DE DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo, La conformidad del acusado, cit., pág. 375

19 En ese sentido MAGRO SERVET, V. y otros, Juicios Rápidos. Guía Práctica para la aplicación de la Ley Orgánica 8/2002 y de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pág. 62

20 Cfr. VEGAS TORRES, J., El procedimiento para el enjuiciamiento rápido, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003, pág. 189.

21 Precisión formulada por FUENTES DEVESA, R., «La sentencia de conformidad...», cit., pág.13.

Según explica De Diego, esta exigencia responde a la vigencia del derecho a la presunción de inocencia, lo que significa que el juez podría rechazar el acuerdo por entender que la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara al imputado no llegaría a estar enervada a partir de los elementos de prueba recogidos en la investigación preparatoria. Se trataría de un control del juez sobre las diligencias de investigación para prejuzgar si en ellas existe o no un suficiente acopio de material probatorio de cargo.²²

Esta exigencia no es exclusiva del ordenamiento peruano, y aún y cuando podría pensarse que desnaturaliza el modelo de justicia negociada, lo cierto es que está prevista en el “plea bargaining” americano, donde se exige una determinación de la base fáctica pero con una insuficiente regulación normativa²³- de difícil cumplimiento en la práctica²⁴- y en el patteggiamento italiano requiere de una investigación preliminar a cargo del Fiscal (“indagine preliminar”) con prueba suficiente y justificada²⁵.

Considero que, en este punto, es preciso determinar qué intensidad ha de tener la «convicción judicial» del Juez de la Investigación Preparatoria para aprobar el Acuerdo, en consonancia con la presunción de inocencia.

Para ello será preciso distinguir entre la presunción de inocencia, entendida como regla probatoria o como regla de juicio²⁶. La presunción de inocencia como regla probatoria supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, de tal forma que toda su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria. La función de regla de juicio asume un papel relevante en un momento posterior, concretamente cuando tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías el resultado que de ella se deriva no es concluyente y, por tanto, impide que el órgano judicial resuelva conforme a él.

Podría pensarse que la convicción judicial exigida por el CPP se corresponde con la presunción de

inocencia en su manifestación de regla probatoria, en los términos en los que se pronuncia el Tribunal Supremo Español, pues tanto por dicho Tribunal como por el CPP, se utiliza el término “suficiente” aludiendo a la actividad probatoria necesaria para destruir la presunción de inocencia²⁷. La presunción de inocencia como regla probatoria, se refiere, tanto a que existan actuaciones procesales destinadas a obtener el convencimiento judicial acerca de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos, como, a que dicho convencimiento sólo puede obtenerse en presencia de verdaderos actos de prueba, nunca sobre la base de meras sospechas²⁸.

Dicha concepción desvirtúa el sentido de la Terminación Anticipada. Entiendo que el CPP se está refiriendo a un grado de convicción judicial que no es idéntico al exigido para dictar una sentencia condenatoria, es decir, no se trata de alcanzar un alto grado de prueba de la culpabilidad del imputado, pues al tratarse de la investigación preparatoria no se cuentan con “pruebas” sino con meros “actos de investigación”, lo que se pretende con esta necesaria convicción judicial es que los hechos reconocidos por el imputado e incluidos en el Acuerdo constituyan una hipótesis o propuesta de explicación sobre el delito, que no sea una descripción de los hechos ilógica inconsistente o incongruente, y que no permita al Juez dudar de la culpabilidad reconocida por el imputado, tal y como postula la presunción de inocencia entendida como regla de juicio.

Para concluir pues, la “suficiente actividad indiciaria” que debe comprobar el Juez según el Acuerdo Plenario, no debe ser entendida como la convicción judicial obtenida mediante indicios derivados de la declaración de los imputados, de diligencias de reconocimiento en rueda o de dictámenes periciales, realizados tras la detención o la ocupación y recuperación de los efectos o instrumentos del delito. A mi juicio, el Pleno Jurisdiccional utiliza la expresión indicios, no en el sentido técnico de prueba indirecta, sino en la exigencia de cierto grado de verosimilitud

22 DE DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo, La conformidad del acusado, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 396.

23 Las Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 (f) bajo el título Determining the Factual Basis for a Plea Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea. DE DIEGO DIEZ, L., Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 71.

24 CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los estados unidos de norteamérica, Edit. Comares, Granada, 1996, pág. 152 y ss.

25 MARCOLINI, S., Il patteggiamento nel sistema della Giustizia penale negoziata, Giuffrè Editore, pág. 197

26 La diferencia entre presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y como regla probatoria es rigurosamente expuesta por la Prof. FERNÁNDEZ LÓPEZ en su trabajo Prueba y presunción de inocencia, IUSTEL, 2005, Madrid, pág.158 y ss.

27 « El motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 1363/2009). “La invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada y d) racionalmente valorada. STS nº 987/2003, de siete de julio Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 1363/2009.

28 «Y es también doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria (“más allá de toda duda razonable”) ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008 y Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1386/2009 de 30 diciembre.

de la imputación que podría desprenderse de la declaración del imputado y de cualesquiera de los actos previstos en la investigación policial seguida bajo la dirección del Fiscal.

6. Conclusiones

Considero que el Acuerdo Plenario, de carácter normativo para todos los jueces peruanos –que no vinculante– adquiere una especial relevancia en orden a despejar las dudas interpretativas que la aplicación práctica del CPP ha suscitado en sus primeros años de vigencia, e intenta también desterrar aquellos usos forenses y corruptelas que

se permitían a la sombra del arcaico y retrógrado Código de Procedimientos Penales.

Tal y como se analiza en los apartados anteriores, el Acuerdo se compadece con la lógica del proceso de Terminación Anticipada y con la voluntad del legislador, su interpretación resulta razonable, motivada y con fundamento²⁹ sin que pueda advertirse interpretación *contra legem* alguna. No se limita ni cercena el fin de política legislativa³⁰ que se perseguía con este proceso especial, que no es otro que la finalización del proceso en una fase temprana con las ventajas que ello entraña para todas las partes del proceso. ☒

29 Véase los AATC 191/2004 de 26 de mayo y 201/2004 de 27 de mayo.

30 El ejemplo contrario puede encontrarse en la llamada Junta General de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, que establece criterios –más restrictivos que la LEC– para admitir los recursos de casación y que ha terminado por desvirtuar la función de unificación de doctrina del TS. Véase en ese sentido ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007, p.544.