UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

"PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS POR RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO"

Tesis para optar el título profesional de abogado

Presentado por:

Bach. RODIL PADILLA BERNABÉ

Asesor:

Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO

Huaraz – Ancash – Perú

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN……..…….. 9

RESUMEN……..…….…. 12

ABSTRACT……..…….…. 13

DEDICATORIA……..…….…. 14

AGRADECIMIENTO…….. 15

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA……..…... 16

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA……..... 19

1.2.1. PROBLEMA GENERAL…….…… 19

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS……. 20

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN…….……..…….. 20

1.3.1. OBJETIVO GENERAL…….…….……..... 20

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS…….…..…..... 20

1.4. HIPÓTESIS……..……..... 21

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL…….….……..…… 21

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICOS…….……..….. 21

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN…….……..……. 22

1.5.1. TEÓRICA…….….……...……. 22

1.5.2. PRÁCTICA…….….…….. 23

1.5.3. LEGAL……..……...…. 23

1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN…….…. 24

1.6.1. BIBLIOGRÁFICA…….…..... 24

1.6.2. TECNOLÓGICA…….….……...….. 24

1.6.3. FINANCIERA……..……...….. 24

1.7. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN…….…….. 24

1.7.1. TEÓRICA……..…… 24

1.7.2. ESPACIAL……...……...…….. 24

1.7.3. TEMPORAL……..……..... 25

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN……. 26

2.2 BASES TEÓRICAS……...……..... 27

2.3 BUEN GOBIERNO: TRANSPARENCIA Y ACCESO A AL INFORMACIÓN PÚBLICA……..…. 27

2.3.1. BUEN GOBIERNO: TRANSPARENCIA……. 27

2.3.2. LA JUSTICIA COMO UN SERVICIO PÚBLICO…….……. 31

2.3.3. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA……. 34

2.3.4. LOS LÍMITES O EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA…….……...…… 37

2.4 LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL…….…….…… 49

2.4.1. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: VALOR CONSTITUCIONAL…….……..... 49

2.4.2. MECANISMO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD DE LA ACTUACIÓN ESTATAL……..…….…… 51

2.5 PUBLICIDAD Y PROCESO PENAL…….……..... 52

2.5.1. DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL…..... 52

2.5.2. PUBLICIDAD DEL PROCESO PENAL EN LA

CONSTITUCIÓN PERUANA…… 57

2.5.3. LA PUBLICIDAD COMO GARANTÍAS PROCESAL……..…… 61

2.5.4. PUBLICIDAD: ¿INTERNA O EXTERNA? O ¿MEDIATA E INMEDIATA?..... 61

2.5.5. PUBLICIDAD DE LOS PROCESOS PENALES POR RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS…… 63

2.6 RESERVA DE LA AUDIENCIA ESPECIAL DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA……..…… 64

2.6.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA…… 64

2.6.2. CONCEPTO DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA……..…….. 70

2.6.3. POSICIÓN A FAVOR: DE LA RESERVA DE LA AUDIENCIA DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA…….…… 71

2.6.4. POSICIÓN EN CONTRA: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL COMO SUSTENTO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO…… 77

2.7 EN LOS CASOS DE CORRUPCIÓN SOMETIDO AL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA ES CONSTITUCIONALMENTE VALIDO SOSTENER QUE LAS AUDIENCIAS SE REALICEN EN PRIVADO……..…….. 83

2.8 PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO PARA DETERMINAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD…… 85

2.8.1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ANTECEDENTES GENERALES……..... 85

2.8.2. ALCANCE Y ESBOZO DE DEFINICIÓN…….……..... 88

2.8.3. FUNDAMENTO…….……..... 93

2.8.4. ESTRUCTURA……..... 99

2.8.5. PRINCIPIO DE IDONEIDAD…… 99

2.8.6. PRINCIPIO DE NECESIDAD……. 105

2.8.7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO……..... 108

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN…….….. 109

3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN…….…. 109

3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN……... 109

3.2 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN……. 110

3.3 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN…….…… 110

3.4 UNIDAD DE ANÁLISIS…… 111

3.5 POBLACIÓN Y MUESTRA…… 111

3.6 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN…… 111

3.7. ESTRATEGIA O PROCEDIMIENTO DE RECOGIDA, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE INFORMACIÓN…… 112

CAPÍTULO IV

RESULTADO Y DISCUSIÓN

5.1. LA PUBLICIDAD COMO MEDIO DE CONTENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN……..…… 115

5.2. PUBLICIDAD DE LOS PROCESOS JUDICIALES POR RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS...……..….. 119

5.3. ANTINOMIA NORMATIVA: PUBLICIDAD DEL PROCESO PENAL POR RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS VS RESERVA DE LA AUDIENCIA ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO…….. 123

5.4. CRITERIOS DE SOLUCIÓN……. 127

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES……. 133

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES…….. 136

CAPÍTULO VII

BIBLIOGRAFÍA…….. 137

INTRODUCCIÓN

La corrupción constituye uno de los problemas más graves del entorno global debido a las consecuencias que genera (afectación directa a los derechos fundamentales y el impacto negativo en la prestación de los servicios esenciales que brinda el Estado a los ciudadanos), por ello urge adoptar todas las medidas para combatir su impunidad. Una de ellas, implica transparentar el ejercicio del poder público y someterlo al escrutinio público. La publicidad de los procesos penales contra los funcionarios públicos, de este modo, se convierte en un mecanismo para prevenir los actos de corrupción en el seno de los órganos que conforman el sistema de justicia y combatir de modo eficiente la corrupción.

La tendencia de transparentar el ejercicio del poder jurisdiccional, orientada al Buen Gobierno, es coherente con el mandato constitucional establecido en el artículo 139.4 de la Constitución Política, que establece que los procesos por responsabilidad de los funcionarios públicos son siempre públicos. El objetivo es proteger a las partes de una justicia sustraída del control público que fomenta la corrupción y de legitimar democráticamente la administración de

justicia. Sin embargo, existe incompatibilidad entre dicha disposición constitucional y el art. 468 del Código Procesal Penal del 2004, según el cual la audiencia especial del Proceso Especial de Terminación Anticipada se realiza en privado.

Como consecuencia del problema de investigación identificado, la hipótesis general formulada es la existencia de una antinomia entre la prescripción contenida en el artículo 139, inciso 4 de la Constitución Política del Estado y el artículo 468 del Código Procesal Penal del 2004; sin embargo, deberá resolverse teniendo en cuenta el caso concreto a través del control difuso, prefiriendo la Constitución en desmedro de la prescripción contenida en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Pero la solución no es un asunto sencillo, pues tiene relación con la propia organización del Estado, su estructura y sus fines. No es muy aventurado aseverar que el problema pasa por juzgar a quienes nos gobiernan. Se puede inferir que los sucesivos gobiernos han creado instrumentos legales, precisamente para delinquir de manera muy sutil y, luego ser considerados honestos, probos en la administración pública.

La estructura argumentativa que permitirá corroborar las hipótesis planteadas son: i) el buen gobierno: transparencia y acceso a al información pública, ii) la lucha contra la corrupción y su desarrollo constitucional, iii) publicidad y proceso penal, iv) reserva de la audiencia especial del proceso especial de terminación anticipada, v) en los casos de corrupción sometido al proceso especial de terminación anticipada es constitucionalmente valido sostener que las audiencias se realicen en privado y vi) el procedimiento metológico para

determinar la inconstitucionalidad o incompatibilidad constitucional de una norma: principio de proporcionalidad.

El presente trabajo de investigación, de este modo, será una investigación eminentemente dogmática; pues pretende encontrar argumentos jurídico-sociales sólidos para explicar y dar alternativas de solución a este problema.

RESUMEN

Los procedimientos judiciales secretos o privados, alejados del escrutinio público, generan condiciones de corrupción o, por lo menos, los estimula. Esta es una de las razones que fundamenta el artículo 139.4 de la Constitución Política el Estado, en el sentido que los procesos penales contra funcionarios públicos son "siempre públicos". Sin embargo, el artículo 468.1 del Código Procesal Penal del 2004, establece que la audiencia del Proceso Especial de Terminación Anticipada se realiza en privado, disposición cuya legalidad o constitucionalidad ha sido ratificada de manera implícita por la Corte Suprema de la República, a través del Acuerdo Plenario Nº 5-2009-CJ-116.

En el presente trabajo, no compartimos las razones por las cuales la Corte Suprema de la República considera válida la privacidad de la audiencia del Proceso Especial de Terminación Anticipada. Es decir, la relativa publicidad de la investigación preparatoria y los efectos benéficos para el imputado, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente, son justificaciones formales que desnaturalizan el Proceso Especial de Terminación Anticipada. Nosotros consideramos, que dicha disposición legal es incompatible con la disposición constitucional, puesto que vulnera la máxima transparencia del poder estatal y el principio de proscripción de la corrupción. Y desde un plano formal, una disposición legal ordinaria no debe contradecir los postulados constitucionales, sino solo desarrollarla. En este sentido, corresponde a los jueces aplicar el control difuso en cada caso particular o plantear la modificación legislativa por los sujetos legitimados.

PALABRAS CLAVE: Funcionario público, corrupción, delito cometido por funcionarios públicos, proceso especial de terminación anticipada.

ABSTRACT

Secret or private judicial procedures, far from public scrutiny, generate corruption conditions or, at least, stimulate them. This is one of the reasons that Article 139.4 of the Political Constitution of the State bases, in the sense that criminal proceedings against public officials are "always public". However, article 468.1 of the Code of Criminal Procedure of 2004 establishes that the hearing of the Special Process of Early Termination is carried out in private, a provision whose legality or constitutionality has been implicitly ratified by the Supreme Court of the Republic, through the Plenary Agreement No. 5-2009-CJ-116.

In the present work, we do not share the reasons why the Supreme Court of the Republic considers the privacy of the hearing of the Special Process of Anticipated Termination valid. That is to say, the relative publicity of the preparatory investigation and the beneficial effects for the accused, who points out that his case is not publicly aired, are formal justifications that denaturalize the Special Process of Anticipated Termination. We believe that this legal provision is incompatible with the constitutional provision, since it violates the maximum transparency of state power and the principle of proscribing corruption. And from a formal level, an ordinary legal provision must not contradict the constitutional postulates, but only develop it. In this sense, it is up to the judges to apply fuzzy control in each particular case or to propose the legislative amendment by the legitimated subjects.

KEY WORDS: Public official, corruption, crime committed by public officials, special process of early termination.

DEDICATORIA

A Gelacia Victoria y Rodil Esteban, a quienes les debo la vida, salud, educación y felicidad. A mi hijo, André Josemaría Salvador, razón de ser de mi existencia; por quien, desde el 11 de abril de 2017, hago las cosas a mi manera y de mejor manera para dejar mi legado a la humanidad.

AGRADECIMIENTO

A mi amada, Noely Azucena, por su amor, por sus consejos, por su apoyo, por su comprensión; sin cuyas virtudes no sería posible este trabajo.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Todos los procesos penales, por disposición constitucional, deben ser públicos. Esta regla tiene su fundamento en varios factores, todas ellas valederas y, por tanto, su observancia es obligatoria.

El principio de publicidad en los procesos judiciales, deriva de dos exigencias. En primer lugar, que el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional habiliten un sistema de acceso fácil, oportuno y adecuado de las actuaciones judiciales que se realizan al interior del proceso; así como de las resoluciones judiciales que se emiten. Y en segundo lugar, se permite a los ciudadanos en general el acceso a los actuados y resoluciones judiciales emitidas en el curso de un proceso judicial.

Debe recordarse que el artículo 233, inciso 3 de la Constitución de 1979, establecía una regulación *más restrictiva* del principio de publicidad judicial que

la que contiene la actual Carta Magna. Dicha disposición prescribía que:

> "Son garantías de la administración de justicia: 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 o parte de él se sustancie en privado. Los juicios por responsabilidad de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución siempre son públicos".

En efecto, de esta disposición constitucional se desprende que los procesos judiciales que son públicos son:

i) Los que se sustancian por responsabilidades de los funcionarios públicos,

ii) Los referidos a delitos de prensa,

iii) Los que versan sobre derechos fundamentales y

iv) Los juicios penales, con excepción de aquellos procesos penales en los que puede verse involucrado el orden público, la seguridad nacional, los intereses de los menores, la vida privada de las partes, la moral o el propio funcionamiento adecuado del sistema de justicia.

En los demás procesos judiciales (civiles, laborales, comerciales, etc.)

cabía entenderse que regía entonces el principio de *reserva*.

La vigente Constitución de 1993 ha ampliado, sin embargo, el ámbito de vigencia del principio de publicidad judicial, al referir su aplicación no a los juicios penales, sino a los procesos judiciales en general; lo que no excluye obviamente a los procesos civiles, mucho menos a los procesos constitucionales, los que, por regla, de acuerdo con el artículo 139, inciso 4 de la Constitución, son "siempre públicos".

Con la Constitución de 1993 la publicidad de todo proceso judicial es la *regla* y la reserva, en algunos casos predeterminados por la ley y siempre que tenga por objeto la protección de bienes constitucionalmente relevantes, la *excepción*.

El principio de publicidad de los procesos judiciales puede estar sujeto a algunos límites. Ello lo establece la propia Constitución, cuando refiere que el principio de publicidad en los procesos judiciales es un principio de la función jurisdiccional, "salvo disposición contraria de la ley".

Las restricciones pueden fundarse, como lo estableció la Constitución de 1979 para el caso de los juicios penales, en motivos como el orden público, la seguridad nacional, los intereses de los menores, la vida privada de las partes, la moral o el propio funcionamiento adecuado del sistema de justicia. En este sentido, resulta legítima, por ejemplo, la restricción contenida en el artículo 73 del Código de Procedimientos Penales sobre el carácter reservado de la instrucción o el artículo 324 del Código Procesal Penal, sobre el carácter reservado de la fase de investigación, en función a razones de seguridad personal y adecuado desarrollo

del proceso penal. Sin embargo, una vez finalizada esta etapa, las actuaciones son públicas, como lo establece el artículo 215 del Código de Procedimientos Penales (en el caso del juicio oral) y el artículo 138.3 del Código Procesal Penal ("Si el estado de la causa no lo impide, ni obstaculiza su normal prosecución, siempre que no afecte irrazonablemente derechos fundamentales de terceros, el Fiscal o el Juez podrán ordenar la expedición de copias, informes o certificaciones que hayan sido pedidos mediante solicitud motivada por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos"). Igualmente, en fase de investigación, intermedia o de juzgamiento las actuaciones pueden ser reservadas, cuando el carácter del juicio así lo amerite, por ejemplo en los casos de violación sexual o de delitos contra menores de edad (artículo 193 del Código Procesal Penal).

Por otro lado, tenemos el Art. 468, inciso 1 del Código Procesal Penal, que establece la realización de una audiencia privada, cuando se trata de terminación anticipada, sin diferenciar si se trata de funcionario público o no como uno de los involucrados en el proceso penal.

Entonces a partir de las premisas precedentemente presentadas, me permito formularme las siguientes interrogantes:

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Existe antinomia entre la prescripción contenida en el artículo 139, inciso 4 de la Constitución Política del Estado y el artículo 468 del Código Procesal Penal del 2004?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

a) ¿Cuál es el sentido interpretativo del segundo párrafo del inciso 4, del artículo 139º de la Constitución Política, que establece que los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos…son siempre públicos?

b) ¿La reserva de la audiencia especial de los procesos especiales de terminación anticipada por casos de corrupción vulnera el segundo párrafo del inciso 4, del artículo 139º de la Constitución Política?

c) ¿La aparente antinomia se puede resolver a través de una acción de inconstitucionalidad o solo vía control difuso?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si existe antinomia entre la prescripción contenida en el artículo 139, inciso 4 de la Constitución Política del Estado y el artículo 468 del Código Procesal Penal del 2004

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a) Explicar cuál es el sentido interpretativo del segundo párrafo del inciso 4, del artículo 139º de la Constitución Política, que establece que los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos…son siempre públicos.

b) Analizar si la reserva de la audiencia especial de los procesos especiales de terminación anticipada por casos de corrupción vulnera el segundo párrafo del inciso 4, del artículo 139º de la Constitución Política

c) Fundamentar si la aparente antinomia se puede resolver a través de una acción de inconstitucionalidad o solo vía control difuso.

1.4. HIPOTESIS

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

Existe antinomia entre la prescripción contenida en el artículo 139, inciso 4 de la Constitución Política del Estado y el artículo 468 del Código Procesal Penal del 2004; sin embargo, deberá resolverse teniendo en cuenta el caso concreto a través del control difuso, prefiriendo la Constitución en desmedro de la prescripción contenida en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICOS

a) El sentido interpretativo del segundo párrafo del inciso 4 del artículo 139º de la Constitución, que establece que los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos…son siempre públicos, es la máxima publicidad de los procesos penales contra los funcionarios públicos, en concordancia con la máxima transparencia de la actuación estatal y el principio de proscripción de la corrupción.

b) La reserva de la audiencia especial de los procesos especiales de terminación anticipada por casos de corrupción vulnera el segundo párrafo del inciso 4, del artículo 139º de la Constitución Política; debido a que una norma ordinaria no puede contradecir la prescripción constitucional, sino tan solo desarrollarla o precisarla.

c) La aparente antinomia debe resolverse en cada caso concreto por los jueces de investigación de preparatoria vía control difuso. En cambio, en el ámbito académico se puede realizar una propuesta (*lege ferenda*) de modificación legislativa.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. TEÓRICA

Todo trabajo que uno pretenda realizar, *per se*, constituye la materialización de un esfuerzo intelectual. Es verdad, que ella tiene su raíz en la realidad, en la práctica y, de ahí se eleva a teoría, para luego volver a la práctica.

En este caso, la pretensión de explicar una aparente antonimia, entre una norma constitucional y una norma adjetiva penal, me permitió esbozar un conjunto de argumentos que corroboraron la formulación de mis hipótesis.

Por otro lado, estoy también seguro que mis aseveraciones y conclusiones no siempre serán aceptadas; por el contrario, merecerán críticas fundadas o no, pero críticas al fin. Precisamente en ella está la justificación teórica, generar una discusión. Y a consecuencia de ella enriquecer la doctrina

existente. No hay otra forma dialéctica de negar lo existente.

1.5.2. PRÁCTICA

Una investigación de carácter dogmático o puramente doctrinal no se queda en abstracto. Su razón y punto de partida está en la realidad, en la práctica. Precisamente esta realidad es lo que exige una explicación.

En el presente caso, de los problemas reales que se presentan en la práctica, se pretendió dar una respuesta, pero también esta permitirá enriquecer la práctica. No hay teoría sin práctica, menos práctica sin teoría.

La comunidad jurídica busca permanentemente respuestas a los diferentes problemas que afronta en su diario trabajo. Los resultados de esta investigación no se pueden quedar en el papel menos solo para quien lo ha desarrollado, sino serán divulgados en la comunidad jurídica, por ende servirá como una herramienta para la práctica jurídica. No necesariamente para seguir a pie juntillas sus conclusiones y argumentos, incluso puede ser para refutarla. La mejor forma de confrontarla será con la práctica. De eso no tengo dudas.

1.5.3. LEGAL

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria Nº 27333
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM.

1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. BIBLIOGRÁFICA

Se contó con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas así como virtuales; las mismas que nos permitieron recoger datos teóricos e información para la elaboración del marco teórico, su discusión y posterior validación.

1.6.2. TECNOLÓGICA

Se contó con el soporte técnico e informático, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2010.

1.6.3. FINANCIERA

Se dispuso de los recursos económicos para poder afrontar los gastos que generó el ejecución del proyecto de investigación, los mismos que fueron autofinanciados.

1.7. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. TEÓRICA

La presente investigación tuvo como área de investigación el Derecho Penal y Procesal Penal, por ello se hizo uso de las teorías jurídicas de ambas disciplinas jurídicas como: Teoría del Derecho, Teoría del Proceso, Teoría de las Garantías en el Proceso Penal actual, buen gobierno, principio de proscripción de la corrupción.

1.7.2. ESPACIAL

La presente investigación tiene como delimitación geográfica el ámbito

del Estado peruano; pues no se parte de una realidad en particular sino en general.

1.7.3. TEMPORAL

La investigación se ejecutara durante el primer semestre del 2017.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Realizado la búsqueda de investigaciones relacionadas a nuestro problema de investigación en la biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" y en otras universidades con sede en la ciudad de Huaraz no hemos encontrado trabajo alguno al respecto.

La inexistencia de trabajos de investigación similares radica, probablemente, en la ausencia de aplicación de las instituciones jurídicas por parte de los estudiantes de pre grado. En cambio, en situaciones en las cuales se aplica el derecho, muchas veces, nos encontramos en situaciones difíciles, que evidencia un problema jurídico.

Asimismo, se ha realizado la búsqueda de dichas investigaciones en la base de datos de Universia y de algunas universidades de la ciudad de Lima, que se encuentran disponibles en internet, plataformas en las cuales

tampoco encontramos trabajos similares; por lo que el presente trabajo de investigación es de carácter novedoso.

2.2 BASES TEÓRICAS

En el presente trabajo de investigación se desarrolla cinco tópicos, los cuales tiene relación con el problema de la investigación. A saber, tenemos: i) acceso a la información, transparencia y buen gobierno; ii) la lucha contra la corrupción y su desarrollo constitucional; iii) publicidad y proceso penal; iv) la reserva de la audiencia especial del Proceso Especial de Terminación Anticipada; y v) los casos de corrupción concluidos a través del Proceso Especial de Terminación Anticipada ¿es constitucionalmente válido sostener que las audiencias se realicen en privado? Veamos cada uno de ellos:

2.3 BUEN GOBIERNO: TRANSPARENCIA Y ACCESO A AL INFORMACIÓN PÚBLICA

2.3.1. BUEN GOBIERNO: TRANSPARENCIA

Nos encontramos en un contexto en el cual resulta indispensable modernizar la administración pública con la finalidad de brindar un buen servicio al ciudadano. En esta línea, el Estado peruano ha aprobado la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública[1]. Ante las

[1] Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 043-2013-PCM, publicada el 9 de enero de 2013. Con la Ley Nº 27658 - Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado se declara al Estado peruano en proceso de modernización con la finalidad de mejorar la gestión pública y construir un Estado democrático, descentralizado y al servicio del ciudadano. El proceso de modernización del Estado, señala la ley, debe ser desarrollado de manera coordinada entre el Poder Ejecutivo, a través de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (SGP-PCM) y el Poder Legislativo, a través de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la República y con la participación de otras entidades.

deficiencias de la gestión pública en el Perú, en el marco de las políticas de modernización se ha señalado lo siguiente:

> Los ciudadanos demandan un Estado Moderno, al servicio de las personas, lo cual implica una transformación de sus enfoques y prácticas de gestión, **concibiendo sus servicios o intervenciones como expresiones de derechos de los ciudadanos**. Con ese sentido, la presente política caracteriza ese Estado Moderno como aquél orientado al ciudadano, eficiente, unitario y descentralizado, inclusivo y abierto (transparente y que rinde cuentas) [el resaltado es nuestro].

Más adelante menciona que:

> **Los funcionarios públicos deben servir a los intereses de la Nación, procurar aumentar la eficiencia del Estado para brindar una mejor atención a los ciudadanos** y actuar con probidad, idoneidad, veracidad, justicia, equidad, lealtad y respeto al Estado de Derecho y a la dignidad de las personas. El Estado, sus autoridades y servidores deben rendir oportunamente cuentas a la ciudadanía, **garantizar la transparencia en la actuación de las entidades públicas y generar canales adecuados para permitir el acceso ciudadano permanente a la información pública**. Asimismo, deben promover la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre los asuntos de interés público [el resaltado es nuestro].

En efecto, la modernización de la gestión pública implica implementar políticas orientadas a mejorar el servicio al ciudadano. El centro de atención es el ciudadano. La administración pública no tiene fin en sí misma, sino tiene sentido y contenido solo en la medida que está orientada en mejorar el servicio al ciudadano. Un Estado Moderno al servicio de las personas, es la visión de la Política de Modernización de la Gestión Pública, puesto que:

> Los ciudadanos demandan un Estado Moderno, al servicio de las personas, lo cual implica una transformación de sus enfoques y prácticas de gestión, concibiendo sus servicios o intervenciones **como expresiones de derechos de los ciudadanos**. Con ese sentido, la presente política caracteriza ese Estado Moderno como aquél orientado al ciudadano, eficiente, unitario y descentralizado, inclusivo y **abierto (transparente y que rinde cuentas).**

En tal sentido, la Política de Modernización de la Gestión Pública se sostiene sobre la base de cinco pilares: i) las políticas públicas nacionales y el planeamiento, ii) el presupuesto para resultados, iii) la gestión por procesos y la organización institucional, iv) el servicio civil meritocrático y v) el seguimiento, monitoreo, evaluación y la gestión del conocimiento. Estos pilares se encuentran complementados con tres ejes estratégicos como son: Gobierno Abierto, Gobierno Electrónico y Gobierno Institucional.

El Gobierno Abierto, precisamente el tema que nos interesa desarrollar en sus aspectos básicos y generales, tiene los siguientes pilares:

transparencia, participación ciudadana, integridad y uso de la tecnologías de la información y comunicación, para satisfacer las necesidades y exigencias de los ciudadanos. Permite involucrar a los ciudadanos en la toma de decisiones públicas. En el marco de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, se ha definido al Gobierno Abierto, como "…aquel que garantiza y promueve la transparencia, la participación ciudadana, la integridad pública y que aprovecha el poder de la tecnología para elevar sus niveles de eficacia y garantizar la rendición de cuentas".

Otro aspecto importante, que tiene relación con nuestro trabajo de investigación es el Bueno Gobierno. Si bien en la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, no se desarrolla la categoría de Buen Gobierno; se consignada como una de las acciones que debe desarrollar la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia de Consejo de Ministros dentro del eje transversal: Gobierno Abierto, esto es, **"promover la institucionalización de las prácticas de buen gobierno: ética, transparencia y acceso a la información pública, rendición de cuentas y participación ciudadana en todo el Estado".**

El Buen Gobierno, entonces, en el contexto actual, es una exigencia del Estado peruano, sustentada en la transparencia, integridad pública, acceso a la información pública y participación ciudadana. Para la doctrina española, "…el buen gobierno tiene que ver con la gestión racional de los recursos públicos y en este sentido, el buen gobierno trata de aplicar los principios de eficacia, eficiencia y responsabilidad con una actuación que resulte transparente, rápida y de calidad" (WENCES y otros 2013: xix). Sin

embargo, MANUEL ARENILLA, señala lo siguiente:

> La importancia del concepto del buen gobierno estriba no tanto en que haya logrado integrar principios y medidas propias de la gobernanza y de las corrientes gerencialistas de las últimas décadas, sino en que pone el énfasis en que el rendimiento positivo de las instituciones públicas constituye un derecho de los ciudadanos y una obligación para los poderes públicos y sus integrantes. Este nuevo enfoque supone que el punto de vista de la actividad pública no puede situarse "desde" la óptica de los responsables y miembros de las organizaciones públicas, sino que la fijación de los objetivos y la consecución de los mismos ha de realizarse con la participación, en un sentido amplio, de los ciudadanos, ya que son quienes legitiman a las instituciones públicas y a sus integrantes y consienten el ejercicio del poder político en la sociedad.

En suma, en un contexto de Buen Gobierno, el Estado privilegia la transparencia, promueve e involucra a los ciudadanos en el qué hacer de la cosa pública. La administración pública establece sus objetivos y metas en función a los intereses de los ciudadanos y no así en función a sus propios intereses. Los ciudadanos, así, se convierten en eje central de la administración pública, que tiene por objetivo primordial el uso razonable de los recursos públicos, pero también haciendo transparente las decisiones que se adopten sobre ellos.

2.3.2. LA JUSTICIA COMO UN SERVICIO PÚBLICO

Como decíamos anteriormente, la situación actual exige al Estado peruano modernizar la administración pública con la finalidad mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, pero no solo como un objetivo a lograr sino haciéndole parte del proceso de modernización, convirtiéndolo en un actor partícipe de la toma de decisiones públicas y transparentando la cosa pública. Así, el ciudadano se convierte en eje central de la administración pública.

Es necesario entender a la administración de justicia también en dicho contexto. La justicia en un servicio público que provee el Poder Judicial, el Ministerio Público y las demás entidades que conforman el Sistema de Justicia. A mediados de la década del 90 CANALES ALIENDE realizó un análisis del servicio de justicia en España. Entiende que la reforma del sistema de justicia debe enfocarse desde la perspectiva de la justicia como un servicio público. Y señala:

> La justicia debe intentar responder a lo que la ciudadanía espera de ella no solo a los que sus actores piensan que deba ser. Las soluciones procesales, orgánicas y presupuestarias no son suficientes, sin perjuicio de ser necesarias, ya que además de estas, el servicio público de la justicia debe ser transparente, accesible y eficaz; y no estar y actuar de forma endogámica[2], sin ninguna relación con la sociedad civil y el resto de las instituciones públicas (1995).

[2] Una de las acepciones de endogamia, según el diccionario «en línea» de la Real Academia Española, es la "actitud social de rechazo a la incorporación de miembros ajenos al propio grupo o institución".

En el Acuerdo Nacional por la Justicia[3], se define a la justicia del siguiente modo:

> La justicia es un valor fundamental del sistema democrático y, al mismo tiempo, **un servicio público a cargo del Estado a través de sus instituciones que debe estar al alcance de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones**. Corresponde por tanto al Estado y sus instituciones, velar por la calidad y eficacia en todo el territorio nacional, promoviendo el acceso a la justicia, la predictibilidad y oportunidad de los decisiones, la transparencia y la igualdad ante la ley, especialmente de las poblaciones en situación de vulnerabilidad, sin discriminación (el resaltado es nuestro).

Las entidades que conforman el Sistema de Justicia, en el Acuerdo Nacional por la Justicia, se comprometieron, entre otros aspectos, a i) "presentar medidas legislativas que puedan contribuir a la mejora de los procesos judiciales", y a ii) "desarrollar una política de transparencia y buenas prácticas de acceso del ciudadano a los servicios de justicia a nivel de todas las instancias al interior de cada una de las instituciones que conforman el sistema de justicia a nivel nacional".

Es particularmente interesante entender a la justicia como un servicio público que el Estado provee a través de las diversas instituciones que conforman el sistema de justicia. Desde esta perspectiva, y en el

[3] Suscrita el 2 de noviembre de 2016 por los titulares del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Consejo Nacional de la Magistratura, y Academia de la Magistratura.

contexto de la modernización de la gestión pública orientada a promover las buenas prácticas del Buen Gobierno, la justicia como un servicio público de calidad se torna —o con mayor precisión, se reconoce— como un derecho de los ciudadanos y una obligación de las entidades públicas. En el marco de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, debemos recordar que el Bueno Gobierno, incluye, además, otros elementos importantes como son**:** ética, transparencia y acceso a la información pública, rendición de cuentas y participación ciudadana en todo el Estado. A continuación desarrollaremos el acceso a la información pública.

2.3.3. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Para el desarrollo, en líneas generales, del acceso a la información pública como un elemento indispensable de Buen Gobierno, debemos referirnos a algunas ideas desarrolladas por NORBERTO BOBBIO respecto de la democracia y el poder invisible. Aun cuando BOBBIO admite haber sido influenciado por la realidad italiana del momento (la mafia italiana de las décadas de los 70 y 80, por ejemplo) (1986: 22), consideramos relevante referirnos a algunas ideas planteadas, pues a través de ellas podemos entender la razón de ser del acceso a la información pública.

Según ALAN WOLFE existe un "doble Estado", en el sentido de que al lado de un Estado visible existe otro invisible (citado en BOBBIO 1986: 22). En este sentido, NORBERTO BOBBIO señala que "[e]n la democracia es idealmente el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos acto se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión

pública"; sin embargo, en la democracia existe otro poder, un poder invisible que la democracia "no logra aniquilar al poder invisible" (1980: 19-20).

El poder invisible, según BOBBIO, puede expresarse de diversas formas. Tenemos un poder invisible que "se dirige contra el Estado y que se conforma en el más absoluto secreto para combatirlo (organizaciones criminales, mafias, etc); el poder invisible que "se forma y organiza no sólo para combatir al poder público, sino también para obtener beneficios ilícitos y recabar ventajas no consentidas por una acción a plena luz". Finalmente, tenemos aquel "poder invisible como institución del Estado: se trata de los servicios secretos, cuya degeneración puede dar origen a una forma de gobierno oculto propiamente dicha" (1980 21-22).

Entonces, en una democracia el ideal es el control del poder por los ciudadanos y por la opinión pública. Es esencial aquí el rol de la publicidad. Sin este principio fundamental de orden democrático no podría ser un Estado transparente, puesto que, como señala NORBERTO BOBBIO "la opacidad del poder es la negación de la democracia" (1980: 22).

No es posible concebir una democracia como una forma de gobierno, en la cual el poder se desenvuelve sobre las sombras de la oscuridad. La República, como sostiene Norberto Bobbio, "viene de *res publica* o «cosa pública» en un sentido doble: el gobierno del público y gobierno en público". La publicidad de los actos del poder es esencial en una democracia y, en el contexto actual, una de las prácticas institucionales del Bueno Gobierno, junto con la transparencia y acceso a

la información. Por ello, en la realidad peruana, el derecho de acceso a la información pública constituye un derecho fundamental consagrado en el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado peruano de 1993. El enunciado constitucional es el siguiente:

> 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
>
> El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

El derecho fundamental de acceso a la información pública ha sido desarrollado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Así, en el artículo 7º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada con Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM, del 22 de abril de 2003, se establece que: "Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho".

2.3.4. LOS LÍMITES O EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En el apartado anterior señalamos con NORBERTO BOBBIO, que la República es el gobierno del público y gobierno en público. No es un gobierno de uno o de un grupo, es de los ciudadanos que conforman una Nación. Siendo esto así, el ciudadano tiene derecho de acceder a la información pública que el Estado produce, genera y administra.

Sin embargo, los derechos fundamentales no son ilimitados, por ende el derecho del acceso de la información pública no es ilimitado. En un Estado democrático la regla general es la publicidad y la transparencia, mientras que la reserva o el secreto es la excepción y, siempre resulte "necesaria para la protección de otros intereses constitucionalmente relevantes" (FERNÁNDEZ Y PÉREZ 2017: 146). En la misma línea, NORBERTO BOBBIO, consideró que en algunos casos puede resultar legítimo restringir el acceso a determinado tipo de información para garantizar otros derechos o bienes constitucionales (1988: 42). En una democracia la regla es la publicidad y transparencia, mientras que la excepción es lo opuesto y debe estar expresamente establecido en la ley.

En efecto, según el artículo 3.1 del Convenio Nº 205 (conforme a las pautas metodológicas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) establece tres requisitos que debe cumplir los límites al derecho de acceso a la información pública:

- Deben estar previstos en una ley,
- Debe ser necesaria en una sociedad democrática (de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos)
- Y deben tener como objetivo la protección de algunos de los bienes jurídicos previstos en el Convenio, de donde se infiere que las Partes no deben influir límite alguno que no encaje en las excepciones previstas en el Convenio (citado en RAMOS Y PÉREZ 2017: 147)

Descrita en líneas generales la doctrina española basada en el ordenamiento español y de la Unión Europea, que resulte relevante para los fines de la presente investigación, ahora corresponde desarrollar nuestra legislación nacional. La Constitución establece la pauta de limitación al derecho de acceso a la información pública, las cuales comprende: la intimidad personal y seguridad nacional (art. 2 inciso 5).

El desarrollo del límite al derecho de acceso a la información, al ser de configuración constitucional, se encuentra desarrollado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Estas excepciones o limitaciones pueden ser cuando la información está clasificada secreta (artículo 15), reservada (artículo 16) o confidencial (artículo 16). Es preciso transcribir estos artículos con sus respectivas modificatorias, por cuanto en ellos se encuentran establecidos los supuestos expresos en los cuales no es posible la divulgación de la información:

Artículo 15.- Excepciones al ejercicio del derecho

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que **se sustente en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163** de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo:

a) Planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados, logísticos, de reserva y movilización y de operaciones especiales así como oficios y comunicaciones internas que hagan referencia expresa a los mismos.

b) Las operaciones y planes de inteligencia y contrainteligencia militar.

c) Desarrollos técnicos y/o científicos propios de la defensa nacional.

d) Órdenes de operaciones, logísticas y conexas, relacionadas con planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operaciones en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

e) Planes de defensa de bases e instalaciones militares.

f) El material bélico, sus componentes, accesorios, operatividad y/o ubicación cuyas características pondrían en riesgo los planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operación en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

g) Información del Personal Militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

2. Información clasificada en el ámbito de inteligencia tanto en el frente externo como interno:

a) Los planes estratégicos y de inteligencia, así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

b) Los informes que de hacerse públicos, perjudicarían la información de inteligencia.

c) Aquellos informes oficiales de inteligencia que, de hacerse públicos, incidirían negativamente en las excepciones

contempladas en el inciso a) del artículo 15 de la presente Ley.

d) Información relacionada con el alistamiento del personal y material.

e) Las actividades y planes estratégicos de inteligencia y contrainteligencia, de los organismos conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

f) Información del personal civil o militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

g) La información de inteligencia que contemple alguno de los supuestos contenidos en el artículo 15 numeral 1.

En los supuestos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector o pliego respectivo, o los funcionarios designados por éste.

Con posterioridad a los cinco años de la clasificación a la que se refiere el párrafo anterior, cualquier persona puede solicitar la información clasificada como secreta, la cual será entregada si el titular del sector o pliego respectivo considera que su divulgación no pone en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático. En caso contrario deberá fundamentar expresamente y por escrito las razones para que se postergue la clasificación y el período que

considera que debe continuar clasificado. Se aplican las mismas reglas si se requiere una nueva prórroga por un nuevo período. El documento que fundamenta que la información continúa como clasificada se pone en conocimiento del Consejo de Ministros, el cual puede desclasificarlo. Dicho documento también es puesto en conocimiento de la comisión ordinaria a la que se refiere el artículo 36 de la Ley Nº 27479 dentro de los diez (10) días posteriores a su pronunciamiento. Lo señalado en este párrafo no impide que el Congreso de la República acceda a la información clasificada en cualquier momento de acuerdo a lo señalado en el artículo 18 de la presente Ley.

"La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la clasificación secreta, respecto de la información que produce el sistema; y el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional.” (*)

Artículo 16.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. La información que por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. En consecuencia se considera reservada la información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla y comprende únicamente:

a) Los planes de operaciones policiales y de inteligencia, así como aquellos destinados a combatir el terrorismo, tráfico ilícito de drogas y organizaciones criminales, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

b) Las informaciones que impidan el curso de las investigaciones en su etapa policial dentro de los límites de la ley, incluyendo los sistemas de recompensa, colaboración eficaz y protección de testigos, así como la interceptación de comunicaciones amparadas por la ley.

c) Los planes de seguridad y defensa de instalaciones policiales, establecimientos penitenciarios, locales públicos y los de protección de dignatarios, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

d) El movimiento del personal que pudiera poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas o afectar la seguridad ciudadana.

e) El armamento y material logístico comprometido en operaciones

especiales y planes de seguridad y defensa del orden interno.

"f) La información contenida en los Reportes de actividades con las sustancias químicas tóxicas y sus precursores listados en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción; la información contenida en los Reportes sobre las instalaciones de producción de las sustancias químicas orgánicas definidas; la información relacionada con las inspecciones nacionales e inspecciones realizadas por la Secretaría Técnica de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas; la información concerniente a los procesos productivos en donde intervienen sustancias químicas tóxicas y sus precursores de las Listas 1, 2 y 3 de dicha Convención; y la información concerniente al empleo de las sustancias químicas tóxicas y sus precursores de las Listas 1 y 2 de dicha Convención". (*)

2. Por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático. Estas excepciones son las siguientes:

a) Elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alteraran los acuerdos

adoptados, no serán públicos por lo menos en el curso de las mismas.

b) Información que al ser divulgada oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores pudiera afectar negativamente las relaciones diplomáticas con otros países.

c) La información oficial referida al tratamiento en el frente externo de la información clasificada en el ámbito militar, de acuerdo a lo señalado en el inciso a) del numeral 1 del artículo 15 de la presente Ley.

"d. Los contratos de asesoría financiera o legal para realizar operaciones de endeudamiento público o administración de deuda del Gobierno Nacional; que de revelarse, perjudicarían o alterarían los mercados financieros, no serán públicos por lo menos hasta que se concreten las mismas."

En los casos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste. Una vez que desaparezca la causa que motivó la clasificación, la información reservada es de acceso público.

" La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la información de inteligencia producida por el sistema y clasificada como reservada, en los supuestos de los numerales 1

literales a, c y d; y 2 literal c, del presente artículo. Asimismo norma el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional.” (*)

Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o

cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.

4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

"5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Por su parte, no opera la presente reserva cuando la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones requiera información respecto a los bienes e ingresos de los funcionarios públicos, o cuando requiera otra información pertinente para el cumplimiento de las funciones de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú - UIF-Perú."

6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado

por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

"La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la información de inteligencia producida por el sistema y clasificada como confidencial, a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, siempre que se refiera a temas de seguridad nacional. Asimismo norma el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional."

Como se puede apreciar, nuestra legislación nacional ha establecido supuestos en los cuales se restringe el acceso a la información pública. Estas limitaciones, por supuesto, no operan de manera automática. Es necesario que el funcionario responsable de la entrega de la información pondere los intereses en juego en cada caso concreto y dote de contenido a las figuras indeterminadas propias de las regulaciones de limitación de acceso a la información pública. Esto es, como sucede en la legislación española, el funcionario responsable debe realizar una doble ponderación orientado a **valorar el daño** (test de daño) que podría causar la divulgación de la información protegida por la limitación. De otro lado, debe realizar el test de ponderación de intereses, según el cual se determinará si hay algún interés público o privado en el acceso superior al interés o bien que justifica la limitación (FERNÁNDEZ Y PÉREZ 2017: 155).

2.4 LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL

2.4.1. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: VALOR CONSTITUCIONAL

Desde hace una década se ha ensayado diversas definiciones de la corrupción, por lo que, para los fines del presente trabajo, asumiremos la definición operativa del concepto de corrupción realizado en el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016. Así, la corrupción supone "el uso indebido del poder para la obtención de un beneficio irregular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento, en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de la persona"[4].

A nivel supranacional se han aprobado documentos normativos, que consolidan esfuerzos de lucha contra la corrupción. Así, tenemos la Convención Interamericana contra la Corrupción[5], Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[6], Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)[7], y la Convención de las Naciones Unidas contra la

[4] Documento normativo aprobado mediante Decreto Supremo Nº 119-2012-PCM, de fecha 9 de diciembre de 2012; el cual constituye el resultado del esfuerzo y trabajo de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción y de las demás instituciones del Estado, sociedad civil y sector empresarial.

[5] Ratificado por el Estado peruano, el 24 de marzo de 1997 mediante Decreto Supremo N° 012-97-RD.

[6] Ratificado por el Estado peruano, el 20 de octubre de 2004 mediante Decreto Supremo N° 075-2004-RE

[7] Fecha de adaptación por el Estado peruano: 21 de noviembre de 1997

Delincuencia Organizada Transnacional[8]. En todos estos documentos se han establecido lineamientos y acciones concretas que los Estados debieran implementar, aunque algunas normas establecidas son de carácter auto-aplicativas.

En el Perú, bajo la influencia internacional, el Tribunal Constitucional ha establecido postulados y criterios de interpretación del ordenamiento nacional con la finalidad de dar eficacia a las normas anticorrupción. Así, ha reconocido como bienes esenciales de la convivencia democrática en un Estado social y democrático de Derecho a la lucha contra la corrupción[9]. Este mandato exige a los órganos jurisdiccionales reafirmar una actitud decidida hacia lucha contra la corrupción; tutelando derechos fundamentales, pero también salvaguardando otros valores y principios constitucionales como la lucha contra la corrupción. Es más, en otra oportunidad lo ha reconocido como un principio de rango constitucional[10], de este modo, ha señalado el principio de proscripción de la corrupción informa y fundamenta el ordenamiento nacional.

Dicho de otro modo, la prevención y persecución de los delitos en general, en principio, tienen relevancia constitucional (art. 44° de la Constitución), pero los delitos que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública exigen del Estado un trabajo de mayor

[8] Ratificado por el Estado peruano, el 20 de noviembre de 2001 mediante Resolución Legislativa N° 27527

[9] Véasela STC Nº 0019-2005-PI/TC, caso de inconstitucionalidad de la Ley Wolfenson, emitido el 21 de julio de 2005, fundamento jurídico 47

[10] Así, en el STC Nº 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC, fundamento jurídico 55.

coordinación, esfuerzo y eficacia. Estas exigencias no solo tienen amparo constitucional sino provienen de instrumentos internacionales como son la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Todos estos documentos, en los que el Perú es parte, expresan que existe un consenso mundial en prevenir y combatir esta clase de hechos punibles en el marco de las garantías previstas para los afectados, pues las consecuencias de los delitos de corrupción afectan gravemente el desarrollo sostenible de una nación.

2.4.2. MECANISMO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD DE LA ACTUACIÓN ESTATAL

La corrupción no es un discurso teórico o una declaración formal, las consecuencias de la corrupción sistemática, por lo menos en el Perú, según los estimados [1820 a 2000] de ALFONSO QUIROZ, representó una pérdida o mala distribución de aproximadamente el 40 o 50 por ciento de posibilidades de desarrollo (2013: 144).

La potestad de administración de justicia emana del pueblo, y como es del pueblo, debe realizarse bajo el control del pueblo. Las disposiciones constitucionales no son normas simplemente de carácter programático, con apariencia puramente poética, sino es todo lo contrario. Tiene fuerza normativa, son normas que otorgan contenido a los derechos fundamentales.

Por ello, con carácter general, debe destacarse que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado democrático de derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente éste no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo. Uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes[11].

2.5 PUBLICIDAD Y PROCESO PENAL

2.5.1. DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL

Siendo el proceso penal «un instrumento de poder del Estado que necesariamente afecta de manera esencial a los derechos fundamentales del individuo»[12], entonces aquél mínimamente debe integrar los estándares o reglas mínimas que establece la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales sobre derechos humanos[13]. La vigencia plena de estas garantías y principios procesales permiten definir a un Estado o, bien

[11] (Exp. N° 1797-2002-HD/TC LIMA, Wilo Rodríguez Gutiérrez, fundamento 11).

[12] Para mayores detalles puede verificarse en el apartado § 2.1.6., B, B.4)

[13] KLAUS TIEDEMANN, define *estándares mínimos* «en el sentido de que obligatoriamente deben estar garantizadas en cualquier modelo de proceso penal, deben regir sin importar consideraciones económicas o ideológicas y deben quedar seguras en su núcleo en casos de emergencia» [2003: 205]

como democrática o, bien como autoritario sin más[14]; por ello, en estos tiempos es inexorable un modelo procesal con aquellos lineamientos esenciales.

Siguiendo la tendencia del derecho comparado[15] en nuestro país, después de seguir una ardua labor de reforma y contrarreforma[16], se ha instituido un nuevo proceso penal regulado por el Decreto Legislativo Nº 957. En definitiva, si bien en la doctrina este Código ha recibido variopinta clasificación dentro del sistema procesal[17], cierto es también, que existe unanimidad para reputarla como un modelo que satisface las exigencias constitucionales[18]. Obviamente como hemos señalado oportunamente podrá no ser perfecta —y de hecho no lo es y, es que tampoco puede ser una ley perfecta, conforme sugiere MACLEAN — pero sí, apunta a ser eficiente, entendido este último como una manifestación del modelo garantista más no como un modelo contrapuesto[19].

Desde una impresión preliminar[20], este nuevo proceso penal

---

14 En este sentido, en su momento afirmó GOLDSCHMIDT [2010 (1934): 778-779] Para mayores referencias en el apartado § 2.1.1.

15 En esos términos, CUBAS VILLANUEVA manifiesta como una de las razones que justifican que nuestro país cuento con un nuestro instrumento de realización del Derecho sustantivo [2004: 23].

16 Véase el apartado § 2.2.4.

17 Por todos, véase los últimos planteamiento en ORÉ GUARDIA (2011b)

18 Entre los autores más destacados puede verse SAN MARTÍN CASTRO (2004), CUBAS VILLANUEVA y recientemente ORÉ GUARDIA (2011a).

19 En la doctrina se han elaborado modelos procesales dentro de un Estado democrático, como puede ser, garantista o eficientista. Por ejemplo, al parecer de este criterio parte PEÑA CABRERA-FREIRE, al señalar que el proceso penal «no sólo puede considerarse en términos de "garantías procesales", sino también según variables de "eficiencia" y de "eficacia" [2009: 12]. No obstante, nosotros consideramos —siguiendo el modelo garantista de FERRAJOLI— la eficiencia y eficacia del proceso son expresiones de la naturaleza de este modelo. Dice el autor italiano, el proceso penal en coherencia con los fines de la pena persigue el castigo al culpable así como la tutela del inocente [1995: 608].

20 Es cierto que el diseño y la estructura Código Procesal Penal de 2004 y su puesta en vigencia en una parte del territorio peruano supone, por decir lo menos, la consolidación democrática del Estado pero para que

responde o, al menos, apunta a la tan ansiada necesidad de institucionalidad democrática del país. Hoy en día no puede concebirse un proceso penal sin un Estado democrático de Derecho que lo sustente, sostiene MAIER. Si la Constitución establece las normas directrices que fundamenta y orienta cada segmento del ordenamiento jurídico, entonces el proceso penal no debe ser la excepción[21]; todo lo contrario, el proceso penal con mayor razón y celo debe estar estructurado en base a los postulados constitucionales en tanto —afirma TIEDEMANN— supone la «más agrave expresión del poder punitivo». Por tal motivo, —sugiere LANDA ARROYO— el sistema penal en general y, particularmente, el proceso penal encuentran su fundamento en la Constitución, por un lado y por otro, el Derecho constitucional vincula al derecho penal a través de la interpretación y argumentación constitucional [22].

Es, realmente mediante el proceso penal —entendido como el instrumento realizador del Derecho penal[23]— que el Estado tiene mayor injerencia e incidencias en las libertades del individuo, y en general, en los derechos fundamentales. Por ello, solamente estará legitimada tal

esto se mantenga en el tiempo, —en términos de MACLEAN— necesariamente debe tener vigencia social del mismo [2005: 28]

21 A este propósito, el supremo interprete de la Constitución en el Expediente Nº 00047-2004-AI/TC ha señalado: «La Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran» [Fundamento jurídico 11, caso Nombramiento de maestros aprobados en concurso público).

22 Desde una perspectiva material, LANDA ARROYO, sostiene que «las bases del Derecho penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático». Pues, «el poder punitivo del Estado recae directamente sobre la persona —cuyo respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución) —; y, en esa medida, dicho poder no puede ser ejercido arbitrariamente sino dentro de los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución reconoce» [2006a: 263-264, 287-288].

23 Por todos véase MONTERO AROCA (1997: 31).

intervención negativa en la medida que se den las condiciones materiales, dotándolas así de racionalidad y proporcionalidad del ejercicio punitivo[24]. Estas condiciones son —en palabras de FERRAJOLI— las denominados garantías sustanciales y procesales. Los primeros son las garantías penales, mientras que las garantías procesales son las que determinan la formación institucional de la estructura del juez y las partes procesales y las que orientan el desarrollo del juicio (*supra* § 2.1.7., B.4.). En seguida nos detendremos en el desarrollo de este último.

El reconocimiento y protección constitucional de cada una de las garantías procesales ha desencadenado una tendencia universal, como es la constitucionalización del proceso penal. Para GÓMEZ COLOMER este fenómeno supone la «protección especial» de las garantías procesales frente a eventuales actos arbitrarios. En suma, el rango constitucional de estas garantías procesales en el sistema alemán —perfectamente extensibles a nuestra realidad— constituye «un eficaz sistema de control ante los Tribunales de Justicia, e incluso ante un Tribunal Constitucional [25], cuando se produzca una violación, ataque o menoscabo de esos derechos fundamentales», por tanto, estos órganos se convierten en garantes de aquellas garantías sustanciales y procesales.

El fundamento constitucional y el reconocimiento por los tratados internacionales, lo hacen esenciales para el desarrollo del proceso, sin las cuales, sin lugar a dudas, no se le puede reputar de proceso. En todo caso,

[24] Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0010-2002-PI/TC Lima, caso Tineo Silva y otros, emitido el 3 de enero de 2008, fundamento jurídico 195-196.

[25] Idem.

—tomando las palabras de MONTERO AROCA, podrá ser sistema no procesal de realización del Derecho penal, sólo eso y no un sistema procesal[26]. En este orden de ideas sólo el sistema procesal anclado en postulados constitucionales podrá ser garantes de derechos fundamentales, y por lo mismo, no son compatibles con regímenes autoritarios; por el contrario, un sistema que no reúna estas características esenciales puede abrazar cualquier forma de gobierno despótico, incluyendo, desde luego, el régimen autoritario.

Habíamos señalado que el sistema procesal penal responde a los avatares político instaurado en un determinado país (*supra* § 2.1.1.). Por ello, la vinculación entre la Constitución y la forma de enfrentar y prevenir los fenómenos criminales es inevitable. Si esto, todavía es genérico, entonces podemos decir con GÓMEZ COLOMER, las garantías procesales consagradas en la Constitución tienen como finalidad limitar «el extraordinario avance expansionista propio de todo Estado, y de todo Gobierno», de manera que, estas normas constitucionales garanticen la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales de la persona.

El fenómeno de constitucionalización del proceso penal cobra sentido racional y, por lo mismo, condiciona la legitimidad de la actuación punitiva del Estado. En nuestro caso, como lo es también en España[27], este

[26] Esta posición también es compartida por GÓMEZ COLOMER [2004: 104].

[27] Los legisladores españoles, inspirados en la Ley Fundamental de Bonn en 1949, ya han materializado el reconocimiento constitucional del proceso penal; no obstante, este fenómeno de constitucionalización del proceso penal no ha sido, en absoluto innovación de la Constitución de 1978, pues ya desde 1812 [Constitución de Cádiz], y por influencia indudablemente americanas y francesa, el legislador constitucional ha creído siempre necesario establece preceptos procesales penales en su normas supremas [GÓMEZ 1999: 17].

fenómeno no es nuevo. En la Constitución de 1979, es donde, finalmente «se diseñaron una nueva política criminal del estado, y con ello, el gran cambio y transformación que fue reafirmando y consolidado en la Constitución Política de 1993»[28]. Vale decir, que en este documento Fundamental se ha estructurado un modelo procesal coherente con los derechos fundamentales así como se ha reconocido las garantías procesales, instrumento mediante los cuales se podrán hacer realidad los derechos fundamentales.

De esta forma, siguiendo con la corriente de la constitucionalización de las garantías procesales, en el artículo 139º de la Constitución Política del Estado se han reconocido principios y derechos de la función jurisdiccional. Entre tantos, por ejemplo, tenemos: la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, el debido proceso y tutela jurisdiccional, doble instancia, derecho de defensa, debida motivación de las resoluciones judiciales, publicidad de los procesos judiciales, etc. En definitiva, no es el objetivo de este apartado desarrollar cada una de las instituciones jurídicas recogidas en el dispositivo constitucional antes referido, pero sí, desarrollaremos el principio de la publicidad de los procesos judiciales.

2.5.2. PUBLICIDAD DEL PROCESO PENAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

La publicidad del proceso penal en la historia constitucional

[28] Así, sentenció la Ex fiscal de la Nación, ECHAIZ RAMOS, en la presentación del libro Manual de Derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal, cuyo autor es JORGE ROSAS YATACO [2009: 5-6].

peruana siempre ha sido incluida en el texto constitucional. DIEGO SALINAS nos reseña hasta cuatro momentos, a través de los cuales la publicidad en el proceso penal ha evolucionado. De este modo, señala:

1) **Artículo 107 de la Constitución de 1823**

   "En las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho reconocido y declarado por jurados, y la ley aplicada por jueces"

2) **Artículo 120 de la Constitución de 1826**

   "En las causas criminales el juzgamiento será público: reconocido el hecho y declarado por jurados (cuando se establezcan): y la ley aplicada por los jueces"

3) **Artículos 122 y 123 de la Constitución de 1828**

   "Los juicios civiles son públicos: los jueces deliberan en secreto: las sentencias son motivadas, y se pronuncian en audiencia pública"

   "Las causas criminales se harán por jurados. La institución de éstos se detallará por una ley. Entretanto los jueces conocerán haciendo el juzgamiento público, y motivando sus sentencias".

4) **Artículo 124 de la Constitución de 1834**

   "La publicidad es esencial en los juicios. Los tribunales pueden controvertir los negocios en secreto: pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta, y las sentencias son

motivadas [...]"

5) **Artículo 125 de la Constitución de 1839**

"La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto los negocios, pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta y las sentencias deben ser motivadas […]"

6) **Artículo 128 de la Constitución de 1856**

"La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto; pero las votaciones se harán en alta voz y a puerta abierta, las sentencias serán motivas [...]"

7) **Artículo 127 de la Constitución de 1860**

"La publicidad es esencial en los juicios, los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente. Las sentencias serán motivadas [...]"

8) **Artículo 125 de la Constitución de 1867**

"La publicidad es esencial en los juicios; los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones serán públicas. Las sentencias serán motivadas [...]"

9) **Artículo 154 de la Constitución de 1920**

"La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto, pero la votación se hará en alta voz públicamente. Las sentencias serán motivadas [...]"

10) Artículo 227 de la Constitución de 1933

"La publicidad es esencial en los juicios. Los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente [...]"

11) Artículo 233 de la Constitución de 1979

“Son garantías de las administración de justicia:

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 publico 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”.

En el artículo **139 de la Constitución de 1993 se establece** principios y derechos de la función jurisdiccional, entre ellas tenemos la publicidad. Así, inciso 4 del citado artículo establece:

La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los

que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos".

2.5.3. LA PUBLICIDAD COMO GARANTÍAS PROCESAL

La publicidad de los procesos judiciales como principio y derecho del ejercicio de la función jurisdiccional está consagrada en el artículo 139º inciso 4) de la Constitución Política del Estado[29].

Los objetivos de esta garantía procesal, expresada en términos del Tribunal Constitucional español[30], es «por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho».

2.5.4. PUBLICIDAD: ¿INTERNA O EXTERNA? O ¿MEDIATA E INMEDIATA?

En la doctrina autorizada, tanto comparada[31] como nacional[32], se diferencia la publicidad de los procesos judiciales como una de índole interna y otra externa. De igual forma, se diferencia a la publicidad como mediata e inmediata. La misma suerte ha sucedido en la realidad

[29] El artículo mencionado prescribe: «Son principio y derechos de la función jurisdiccional: 4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos».

[30] Recaída en la STC 96/1987 [ARMENTA 2003: 67].

[31] Recaída en la STC 96/1987 [ARMENTA 2003: 67].

[32] Recaída en la STC 96/1987 [ARMENTA 2003: 67].

jurisprudencial sobre esta materia[33].

Según la Real Academia de la Lengua Española, *publicidad* es la «cualidad o estado de público»[34]. A su vez, *público* tiene varias acepciones, de las cuales, el primero: consisten en «notorio, patente, manifiesto o sabido por todos», el segundo: «como contrapuesto a privado», tercero: «perteneciente o relativo al pueblo» y cuarto: «común del pueblo o ciudad».

La cualidad cognoscible de un hecho o un acontecimiento por un grupo de personas o por toda una sociedad, es lo que puede delimitar el contenido conceptual de publicidad. Además, publicidad es antípoda de privado. La publicidad es lo concerniente a todos, privado, en cambio, es lo que sucede en presencia de pocos, de personas interesadas en algún asunto[35]. Un acto que se repute privado se realiza en presencia solamente de los interesados o de las personas autorizadas para ello, muy por el contrario, en un acto público no es el interesado el que importa para definir su contenido público, sino al menos la posibilidad de conocimiento de todos, del pueblo.

Si esto es así, entonces, la llamada «publicidad interna y externa» no es sino una comparación confusa, metodológicamente innecesaria. No hay publicidad interna. La publicidad por definición es lo que involucra o

[33] Recaída en la STC 96/1987 [ARMENTA 2003: 67].

[34] En su segunda acepción, publicidad es el «conjunto de medios que se emplean para divulgar la noticia de las cosas o de los hechos».

[35] Según el Diccionario de la Lengua Española, privado supone: «Que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna», por un lado, por otro: «Particular y personal de cada individuo» y, finalmente, la locución adverbial de privado es algo que se realiza: «a solas o en presencia de pocos, sin testigos»

—al menos, debe involucrar— a todos. Y por lo mismo, no puede haber publicidad externa. En una acepción rigurosa, publicidad externa podría ser definida como aquello que se realiza fuera del despacho judicial, en la parte exterior de las oficinas, en suma, como un delimitador espacial.

2.5.5. PUBLICIDAD DE LOS PROCESOS PENALES POR RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El Artículo 139 de la Constitución de 1993, prescribe que**:** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(…)

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, **son siempre públicos**.

De la prescripción constitucional, antes señalada, se tiene que los procesos penales donde los funcionarios públicos son imputados, siempre son públicos. Esa es la regla, salvo excepciones que una ley en forma deberá limitarlos, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto.

Es este caso, en la persecución penal contra los funcionarios públicos como imputados, no existe norma alguna que limite la publicidad de los procesos penales, en consecuencia, desde el ámbito constitucional, se encuentra habilitado la publicidad de este tipo de procesos.

2.6 RESERVA DE LA AUDIENCIA ESPECIAL DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

2.6.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

Según el Diccionario de Cabanellas, por naturaleza se debe entender como "la esencia de un ser. Propiedad peculiar de una cosa" [1998, p. 516], de igual forma, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define como "esencia y propiedad característica de cada ser" [2005, t. XIII, p. 1063] y por lo jurídico, es todo "lo concerniente al Derecho" [Cabanellas, 1998, p. 46] o "que atañe al derecho o se ajusta él" [Real Academia, 2005, t. XI, p. 901]. Entonces, podemos decir que naturaleza jurídica es la esencia de una institución jurídica, es su razón de ser.

Al respecto, Raúl Peña Cabrera, refirió que:

> Entender el porqué de este instituto jurídico o el conocer mejor "la razón de ser" de las formas de simplificación procesal en el ámbito penal, es decir, su naturaleza jurídica, implica situarnos en un marco genérico de cómo se ha venido desenvolviendo el procedimiento penal tradicional que, justamente por entenderse así, hoy en día no cumplen su finalidad […]. [Peña, 1997, pp. 77-78]

Más adelante, el mismo autor señaló que el sistema jurídico [refiriéndose fundamentalmente al sistema penal]:

> […] es para seres humanos y para mejorar ser humanos. Justamente

> a ello apunta esta institucional procesal que asoma con gran ímpetu y que está llamada a paliar en mucho los problemas que hoy en día aquejan a nuestra administración de justicia, procurando el descongestionamiento de la carga procesal que aflige a los magistrados de primera instancia y, por otra parte, trata de agilizar, acelerar y hacer más expeditivo nuestro procedimiento penal tal desgastado y falto de credibilidad en estos últimos tiempos […]. [Peña, 1997, p. 101]

Pero, procurar solamente el descongestionamiento de la carga procesal no basta; es más, ello no es su finalidad; "sino que a la vez, deben ser emitidas con la calidad requerida y solucionando el conflicto social" [Burgos, 2009, p. 298]. Agrega el mismo autor, "por ello, el concepto de buscar salidas alternativas en los procesos no solo debe basarse en la búsqueda de la celeridad procesal o descongestionamiento de los procesos en los juzgados" [2009, p. 298], en todo caso, se debe equilibrar ambos valores, eficiencia y garantía.

En suma, en términos de PEÑA CABRERA, estos vientos de reforma que se han sido materializado en múltiples modificaciones legislativas en toda América latina, apunta a un objetivo común, esto es, "centrar la atención en la persona humana, pero buscando armonizar sus derecho con las exigencias de una justicia penal eficaz y del debido proceso" [1997: 65].

San Martín Castro, refiere 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

[sic]*”*. [2006, p. 1384]. Pues, no hay mayor anhelo de la sociedad aspirar a una justicia penal oportuna y eficaz, lo que se pretende lograr con este proceso especial.

Otro punto que se discute en doctrina, cuando se refiere a la naturaleza jurídica de la aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada, es que esto, supone la renuncia al derecho de defensa. Así, se dice: “[…] la terminación con la aceptación de los cargos y el no pase al juicio oral existe solo una disposición de carácter procesal: renuncia al derecho defensa […]”. [Vásquez, 2008, p. 246] Por su parte, Cubas Villanueva refiere: “en esta figura, el inculpado al llegar a un acuerdo con el Fiscal sobre las circunstancias del delito y la pena a aplicarse, renuncia su derecho a defenderse en juicio oral, a cambio de una disminución de pena e incluso de una sustitución de la pena privativa de libertad por otra” [Cubas, 2006, p. 426].

Como se puede advertir, un sector de la doctrina nacional concibe la aplicación de la TAP como una renuncia al derecho de defensa a cambio de un beneficio premial.

El derecho de defensa está contenido en el inciso 14] del artículo 139º de la Constitución Política del Estado y desarrollado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 y demás dispositivos pertinentes del mismo cuerpo legal. Así, “[…] la Constitución de […] 1993 establece […] las siguientes garantías del derecho de defensa, aunque con un orden distinto: a] nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso […]”. [Beltrán, 2005, p. 581], por lo

que, su ejercicio es irrestricto e inviolable. Asimismo, otro alcance del derecho de defensa se desprende del artículo 2º inciso 24] referida a la libertad personal y a la seguridad personal. Sin el ejercicio efectivo y oportuno del derecho de defensa es imposible proteger este derecho fundamental.

En este sentido, durante el Gobierno Transitorio de Valentín Paniagua se creó la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional [creado mediante D.S. Nº 018-2001-JUS del 26 de mayo 2001] para elaborar propuestas de reforma de las normas constitucionales. Posteriormente, el Congreso de la República elaboró un anteproyecto y luego, un proyecto de reforma constitucional tomando como base la propuesta elaborada por la Comisión. Así, la Comisión recomendó incorporar al debido proceso en el capítulo de los derechos fundamentales, resaltando así su verdadera naturaleza. El debido proceso, desde la perspectiva procesal, es aquella situación en la que se respetan los derechos de la persona, entre otros, a la defensa [Beltrán, 2005, p. 581]

Por tanto, siguiendo la lógica de las ideas, antes expuestos, podríamos concluir que la aplicación de la TAP no implica la renuncia al derecho de defensa por parte del imputado, al contrario, la aplicación de esta institución procesal penal supone la plena vigencia de este derecho fundamental, en cuanto implica una manifestación estratégica de la defensa, esto es, en situaciones que ya no es posible lograr la absolución del imputado, entonces, lo más loable sería buscar la disminución de la dimensión cuantitativa o cualitativa de la sanción penal. Concluir de esta

forma, expresaría una reflexión apresurada, aunque es bastante cautivador.

Otro fundamento del proceso especial de terminación, es concebirlo como un simple mecanismo de simplificación procesal. Al respecto, Cubas Villanueva, expresa que "[…] el Código extiende el ámbito de aplicación de esta institución procesal a todos los delitos, con lo que podemos contar con un eficaz instrumento de celeridad procesal para alcanzar la descongestión del despacho judicial […]" [2009, p. 582]. Una vez más, nos demuestra que el concepto de este proceso especial es un concepto superficial que muchas veces no es coherente con la oportuna y efectiva administración de justicia penal.

Pues bien, es innegable afirmar — siguiendo a Barona Villar [2004] que uno de los problemas ha arrastrado la civilización en el último siglo en el ámbito propio de la justicia penal ha sido la lentitud, la ausencia o escasez de garantías y por en ende la ineficacia del proceso penal, pero tampoco ello debe conducirnos a creer que la implantación de un instrumento rápido como el Proceso Especial de Terminación Anticipada vaya a resolver todos los males. Los medios que se adopten para alcanzar esa política de celeridad procesal solo pueden asumirse como verdaderos mecanismos efectivos cuando se enmarquen en las exigencias del proceso con todas las garantías que la Constitución Política de 1993 estatuye; afirmando así al imputado y otras personas involucradas en el proceso penal, como sujetos del proceso, con todas las prerrogativas que por ello conlleva, y mas no como objeto del mismo. [p. 79].

En el reciente acuerdo plenario, se ha definido la naturaleza

jurídica del Proceso Especial de Terminación Anticipada como:

"[…] un proceso especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustente en el principio del consenso. Es además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada...se erige en un proceso autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél [proceso común]." [36]

Como habíamos mencionado considerar sólo como una forma de simplificación procesal a la TAP es peligroso, por cuanto, se estaría dando un mensaje al operador jurídico que no es tanto la garantía lo que se privilegia sino la eficiencia, lo cual, debe ser de modo equilibrado. Pero, lo cierto es, que, según este Acuerdo Plenario se le reconoce lo que realmente o en esencia significa este proceso especial.

Si bien a primera vista existen ventajas objetivas que resultan plausibles desde la perspectiva de la economía judicial [entiéndase tanto a nivel económico y celeridad procesal], y que incluso, algunos afirmaría la realización de los fines del Derecho Penal [Ávalos, 2007, pp. 290-291]; no obstante, en términos de Schüneman "las utilidades que aparecen a primera vista no pueden ocultar que mediante los acuerdos de las partes en el proceso penal se desnaturaliza completamente la esctructura procesal en el Código procesal penal alemán" [2007, p. 202]. El mismo autor agrega, los acuerdos de partes en Alemania [en el Perú el Proceso Especial de Terminación Anticipada], vulneran el Derecho procesal vigente, lesionan el contenido material de las garantías procesal [principio de publicidad,

[36] 6º Fundamento Jurídico del Acuerdo Plenario Nº 5-2009/CJ-116.

inmediación, oralidad, la garantía del juez legal, presunción de inocencia], también el principio central y fundamental de un procedimiento penal continental europeo: la verdad material y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos [2007, pp. 2002-206]. Al respecto, es preciso aclara los siguiente. Si bien, esta realidad no corresponde exactamente a nuestra realidad legal y judicial; empero, al fin y al cabo, ambos se desarrollan sobre la base la negociación.

2.6.2. CONCEPTO DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA.

El Tribunal Constitucional ya ha definido el proceso de terminación anticipada. Así, este supremo intérprete de la Constitución considera que:

"EL proceso especial de terminación anticipada es un acuerdo entre el procesado y la fiscalía con admisión de culpabilidad de alguno o algunos de los cargos que se formulen, permitiéndole al encausado la obtención de un beneficio premial de la disminución punitiva."[37]

El acuerdo entre el imputado y el Fiscal es una manifestación del principio de consenso, "[...] en donde la premialidad correlativa a la solicitud o a la aceptación de tales filtros incentiva su funcionamiento […]". [San Martín, 2006, p. 1384]. Pues, "[…] el imputado negocia la admisión de culpabilidad y el fiscal negocia una reducción de la pena."[Taboada, 2009,34]

[37] Véase en www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00855-2003-HC.html. Recuperado el 12 de diciembre de 2008.

El objeto de la negociación, conforme establece el inciso 2] y 5] del artículo 468º del CPP de 2004, son las circunstancias del hecho punible, la pena, reparación civil y demás consecuencias accesorias; incluso la no imposición de la pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal.

2.6.3. POSICIÓN A FAVOR: DE LA RESERVA DE LA AUDIENCIA DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

El artículo 468º inciso 1] del Código Procesal Penal de 2004 prescribe: *"A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336º y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada,* ***de carácter privada****…"*

Como podemos advertir, según la descripción legal la audiencia debe ser realizada en forma privada. Al respecto, hay una posición interesante pero no suficiente:

La audiencia es única y se desarrolla en forma continua, para efectos metodológicos puede aceptarse su división en dos sesiones: a] Primera: una sesión privada de debate con participación activa de los sujetos procesales [a puertas cerradas], y b] Segunda: una sesión pública de decisión exclusiva del juez de la investigación preparatoria [a puertas abiertas]. [Taboada, 2009, p. 38]

Tampoco es suficiente —por no decir absurdo en esta época—

sostener que la garantía de la publicidad se ve satisfecha o no se violan, porque “las actuaciones respectivas se deben levantarse en acta” [Guerrero, 1998, p. 140], tal conforme ha sido establecido por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-435 de setiembre de 1996, cuando en su oportunidad fue cuestionada la constitucionalidad de la Terminación Anticipada del Proceso. [Guerrero, 1998, pp. 139-140]

Desarrollar sólo la fase decisoria en una sesión pública y negociar bajos las sombras del secretismo, sería un contrasentido a los valores que fundamenta el proceso penal acusatorio. Si bien la negociación es de tipo jurídico, entonces no hay motivo para esconder de los ojos del público, al contrario, ello sería saludable para la democracia; más aún, si “la publicidad de los procedimientos judiciales instala la vida de los tribunales dentro de la convivencia social” [Baytelam y Mauricio, 2005, 04].

Sobre el particular, en el reciente Pleno Jurisdiccional Nº 5-2009/CJ-116 se ha expuesto dos razones que justifican el carácter privado de la audiencia. El primero, se sustenta en la relativa publicidad de la investigación preparatoria y el segundo, 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. [8º Fundamento Jurídico]

El primero argumento no es del todo cierto. Sostener que el carácter privado de la audiencia de la TAP se debe a que éste se desarrolla en la fase de investigación sería puro formalismo legal. Cuando el fiscal, el imputado [con su abogado defensor] o ambos presentan la solicitud de la aplicación de la terminación anticipada del proceso [siempre que no haya

oposición] — es porque la investigación ha concluido, no por la preclusión del plazo legal establecido en el artículo 342º del CPP[38] sino por haber cumplido el objeto de la investigación[39], ya que —debe recordarse— es una condición necesaria para la aplicación de este proceso especial que existen suficientes elementos de convicción que confirme la responsabilidad del imputado frente al hecho típico que se le atribuye así como la existencia del mismo.

Por tanto, sustancialmente no estamos dentro de la fase de la investigación preparatoria, asumir lo contrario, supondría —en caso de no prosperar la solicitud conjunta o individual— que la Investigación Preparatoria continúe, esto es, que exista la posibilidad de que se realice otros actos de investigación de los ya realizados. Si esto fuera así, entonces simplemente se confirmaría que la aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada vulnera un derecho fundamental, el de la presunción de inocencia[40]; lo cual, no es correcto, por cuanto se exige en el

[38] El cual prescribe: "1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. 2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria…"

[39] El inciso 1] del artículo 321º del CPP establece que: "La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado."

[40] Así el artículo 2º, inciso 24, literal 2] de la Constitución Política del Estado, prescribe que: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

De igual forma, en el artículo II, inciso 1] del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 se ha establecido como un principio rector que: "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales..."

artículo 468º, inciso 6] que para la aprobación del acuerdo se requiere mínimamente que existan suficientes elementos de convicción[41]

Ahora bien, como segundo punto tenemos que la audiencia privada constituye un beneficio adicional al imputado. Cubas Villanueva, refiere que en el Proceso Especial de Terminación Anticipada:

> […] el inculpado al llegar a un acuerdo con el Fiscal sobre las circunstancias del delito y la pena a aplicarse, renuncia su derecho a defenderse en juicio oral, a cambio de una disminución de pena e incluso de una sustitución de la pena privativa de libertad por otra". [Cubas, 2009, p. 426]

Cuando el imputado renuncia a defender en el juicio oral, podríamos entenderse que con ello renuncia a las garantías que comporta el juicio oral, entre ellos, la contradicción, inmediación, y publicidad. No obstante, la publicidad como garantía no es un derecho disponible, por cuanto importa o encarna otros valores que trasciende a la esfera del imputado. Así, desde la doctrina española se establece que:

> […] la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa [publicidad interna]; y por quienes, simplemente como ciudadano, tiene un genérico y objetivo interés

[41] Debemos entender por elementos de convicción —siguiendo a Mixán Máss— los conocimientos específicos que aporta los medios de convicción sobre el objeto de investigación; lo cual servirán de fundamento al Fiscal para afirmar, si fuera el caso, que lo investigado constituye delito, que el imputado es responsable sea como autor o partícipe, que existe razón por la que debe pedir juzgamiento. [MIXAN, 2005, pp. 210 y ss.]

> en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discurra por causes legales [publicidad externa]. [Andrés, 2007, p.260]

En la doctrina nacional también se concibe algo similar. Así, "la publicidad puede expresarse en dos niveles. La interna del procedimiento que atañe fundamentalmente a los sujetos del proceso; y la publicidad externa, que es la orientada a enterar al público en general" [Ledezma, 2005, p. 502]. Dice, la misma autora, la publicidad externa, a su vez se subdivide en inmediata y mediata. "En el primer supuesto, opera cuando quién se anoticia lo hace por sí mismo y la mediata, a través de un medio de comunicación" [Ledezma, 2005, p. 502]

Por nuestra parte, no compartimos la idea de dividir la publicidad en las dos dimensiones antes citadas. Cuando se refiere al publicidad interna o publicidad entre las parte, esto realmente contiene o corresponde al principio de contradicción o derecho de defensa; en cambio, la publicidad para terceros, para el público en general, es la verdadera publicidad. [Gómez, 2007, p. 229]. La publicidad como garantía procesal es única. En esencia no existe la doble dimensión que predica la doctrina autorizada. Se dice que la publicidad es interna, cuando permite que las partes directamente involucradas en el proceso penal tengan acceso al desarrollo del mismo; sin embargo, ello es un contenido del derecho de defensa. La publicidad en estricto es la que tiene lugar al público.

La publicidad del procesos judiciales, específicamente el ámbito penal, constituye una garantía constitucional; empero, el artículo 357º del

Código Procesal Penal de 2004[42] regula supuestos en el que esta publicidad puede ser restringido, cuando se afecta la dignidad de la persona, el orden público o la seguridad nacional y, los intereses de la justicia.

En este sentido, no podemos admitir que uno de los efectos benéficos de este proceso especial para el imputado es que su caso no se ventile públicamente, esto es, "evita los efectos negativos [estigmatización] de la publicidad del juzgamiento." [Salés, 2008, p. 27]. En primer lugar, porque en la audiencia de Terminación Anticipada —conforme prescribe el artículo 468º inciso 4, *in fine*— no está permitida la actuación de pruebas y, en segundo lugar, la actuación de pruebas como esencia del juzgamiento, no sería tal. Sólo es una audiencia en el que el Fiscal tendrá que exponer al Juez de Investigación Preparatoria los motivos, las razones, por las que han llegado al acuerdo provisional presentado, nada más que eso.

La publicidad como garantía constitucional no debe entenderse como un acto negativo, denigrante a la dignidad humana o cuando se trate de la seguridad nacional sino como un control de la sociedad que legitime sustancialmente la decisión tomada por el órgano jurisdiccional, además, ello supondría democratizar el proceso penal en todas sus dimensiones. Con razón se afirma, "la lucha por la efectividad de la transparencia, 'materia prima del poder democrático'". [Flores, 2004, p. 35; citado por Andrés,

[42] Expresamente se establece que: "El juicio oral será público. No obstante ello, el Juzgado mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los siguientes casos: a] Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio; b] Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional; c] Cuando se afecte los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia; d] Cuando esté previsto en una norma específica

2007, p. 256]; y que, por el contrario, el secreto es el escudo más fuerte de la tiranía". [Beccaria, 1988, p. 51]

En consecuencia, ni la primera ni la segunda son fundamentos sólidos para restringir la publicidad de la audiencia en el que se desarrolla la fase principal del Proceso Especial de Terminación Anticipada; por tanto, si bien el carácter privado de la audiencia está regulado expresamente en el Código Penal de 2004, no obstante su validez[43] no debe responder únicamente a su simple vigencia sino a la coherencia con los principios y garantías constitucionales.

2.6.4. POSICIÓN EN CONTRA: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL COMO SUSTENTO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

El proceso penal debe responder al desarrollo programático de las garantías y principios que la Constitución y los Tratados Internacionales prescriben. Por eso, Alberto Binder, afirma que: "La organización del proceso no es algo distinto o independiente de la vigencia de las garantías y principios básicos, al contrario, muchas veces ellos son los que sucumbe ante las modalidades de organización procesal". [2002, p. 36]

La organización procesal regulada en el Código Procesal Penal de 2004 —sobre todo el proceso común, en sus tres fases: investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral— responde a las garantías y

[43] Al respecto, FERRAJOLI, Luigi sostiene que: "…en un Estado Constitucional de Derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de las leyes que él produce no son válidas sólo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales". [Véase 2007, pp. 13 y ss.]

principios que están inscrito en la Constitución. En esta misma línea lógica refiere Cubas Villanueva: "El sistema procesal penal acusatorio es antagónico al sistema inquisitivo, aquél se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de Derecho, está regido por sólidos principios". [Cubas, 2009, p. 35] Estos principios están inscritos en el Título Preliminar del CPP, por ejemplo, en el artículo I se establece que *"Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio…"*

No obstante, el Proceso Especial de Terminación Anticipada —que desde su misma configuración estructural suprime la etapa intermedia y el juicio oral y con ello todas las garantías que contienen— restringe una garantía fundamental, esto es, la publicidad. Publicidad, que para Alberto Binder suponen credibilidad, es decir, "[…] no puede existir credibilidad en la justicia si el trámite de los expediente es realizado a puertas cerradas". [2009; citado Cubas, 2009, p. 69]

El juicio oral, como fase estelar del proceso penal, a su vez, contiene los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. "La publicidad del Juicio no sólo surge de la esencia del juicio republicano, sino que constituye una de las garantías judiciales básicas". [Binder, 2002, p. 82] De igual forma, Luigi Ferrajoli advierte que: "[…] la publicidad y la oralidad son […] rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias, mientras que el secreto y la escritura son a su vez elementos caracterizadores del método inquisitivo". [Ferrajoli, 1998, p. 616]

En este orden de ideas, si bien la Terminación Anticipada del

Proceso regulado por el CPP es un proceso especial, como ha sido establecido en una reciente jurisprudencia vinculante[44]; no obstante, la característica especial de esta institución procesal no puede representar la vulneración de garantías fundamentales, como se ha mencionado anteriormente la organización procesal no deben ser ajenos —por no decir contraproducente— a las garantías y principios constitucionales.

El Proceso Especial de Terminación Anticipada, por su propia configuración o estructura procesal, es una limitación evidente a los derechos constitucionales, tal conforme, en el derecho comparado se ha pronunciado:

> […] mientras los norteamericanos y los alemanes han reconocido que las garantías procesales entran en un severo relativismo que implica la renuncia a los derechos constitucionales; que pueden existir precisiones de la administración de justicia para obtener alegaciones [declaraciones autoincriminatorias] que el proceso de alegación desequilibra la lealtad procesal; que la presunción de inocencia únicamente se preserva si el procesado insiste en su alegación, se practican todas las pruebas y de allí se deduce responsabilidad; que en virtud de la posible violación de las garantías procesales los jueces están obligados a mantener el equilibrio entre la fiscalía y el procesado; que es muy difícil entender la declaración de culpabilidad como una manifestación del

[44] En el 6º Fundamento Jurídico del Acuerdo Plenario Nº 5-2009/CJ-116 se establece que la naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada es que se trata de un proceso penal especial que se erige como tal por su autonomía, no constituye una mera incidencia o un proceso auxiliar independiente del proceso común.

derecho de defensa, mientras toda esa argumentación ha sido compleja, y ha necesitado de la elaboración de conceptos como "proceso limpio" o "protección del acusado contra la discrecionalidad del fiscal. [Guerrero, 1998, pp. 140 - 141]

Más adelante —el mismo autor— refiere que la Corte Constitucional Colombiana[45] no se ha cerciorado que:

[…] las modalidades de terminación anticipada efectivamente vulneran el contenido material de los componentes del debido proceso, y que por esa razón la jurisprudencia de otros países se ha proyectado a resguardar al máximo la pureza y legitimidad que tales procedimientos implican. [Guerrero, 1998, pp. 140 - 141]

En este sentido, ALMAGRO NOSETE en su oportunidad:

[…] expresó su preocupación, no sólo por la importación de un "modelo procesal basado en un utilitarismo feroz acosta de una distorsión hipócrita entre los principios jurídicos y la praxis", sino por "una introducción sinuosa y clandestina que minara los cimientos de una manera de entender el derecho ajeno a concepciones culturales en las que prima un trasfondo puramente economicista". [1982; citado por Guerrero, 1998, p. 103]

La limitación del Proceso Especial de Terminación de cara a los principios y garantías que sustenta al proceso penal acusatorio garantista, —en palabras de Luigi Ferrajoli— siempre responden a legislaciones de

[45] Como se ha indicado anteriormente, la Corte Constitucional Colombia en el año 1996 se pronunció sobre la constitucionalidad de la Terminación Anticipada.

emergencia, estos procedimientos pactados:

> […] que en las intenciones del legislador deberían dar salida a la mayor parte de los procesos, se resuelven, de hecho, en una especie de justicia transactiva, confiada a la acusación y ejercida en secreto siguiendo formas sustancialmente administrativas y normalmente desvinculadas de los parámetros legales. [1998, p. 703]

La realidad de nuestra legislación es muestra clara de lo afirmado, por cuanto como se ha mencionado el antecedente inmediato del Proceso Especial de Terminación Anticipada es nuestra propia legislación interna. Así, la Ley N° 26320 del 30 de mayo de 1994 y la Ley N° 28008 publicada el 18 de junio de 2003 responden a la lucha frontal contra los delitos de tráfico ilícito de drogas y los delitos aduaneros, respectivamente.

Como refiere el mismo autor este tipo procedimientos especiales están "[…] en las antípodas del sistema de las garantías procesales y que amenazan con perpetuar, o, lo que es peor, con reforzar y legitimar, culturas y praxis inquisitivas que se desarrollaron en la época de la emergencia". [Ferrajoli, 1998, p. 738]

Estos procesos especiales —específicamente el Proceso Especial de Terminación Anticipada son claro ejemplo de transgresión de los derechos fundamentales de las personas involucradas en un conflicto social de relevancia penal. Ahora bien:

> Si se considera que este cambio de paradigma se ha producido sin mediar reflexión ninguna sobre los fundamentos axiológicos de la

> jurisdicción penal y al llamado de simples criterios de eficiencia, cuando no de una genérica e impropia apelación al modelo acusatorio, se comprenderá la necesidad de proceder hoy a un replanteamiento crítico dirigido a postular su revisión o, al menos, a limitar sus efectos más perversos sobre la práctica judicial. [Ferrajoli, 1998, p. 703].

Cabe precisar, que el autor italiano discrepa rotundamente contra la llamada justicia penal consensual; no obstante, siguiendo el objetivo de la presente investigación sólo asumimos una parte de la posición esbozada, esto es, el sacrificio innecesario del principio de publicidad y respecto a la institución procesal en su integridad —la Terminación Anticipada del Proceso—debemos considerar que este tipo de medidas estatales deben ser considerados como:

> […] costes transitorios, necesarios si se quiere, en una difícil fase histórica destinada a ser superada lo más rápidamente posible. Si no fuese así, el nuevo código equivaldría a una estabilización y, por muchos motivos, a un reforzamiento de las instituciones de la emergencia, lavándoles simplemente la cara. [Ferrajoli, 1998, p. 752]

Finalmente, la Terminación Anticipada del Proceso, hoy en día constituye un *"instrumento valioso"* para resolver los conflictos sociales de relevancia penal, en forma "oportuna" y "efectiva", por lo que su valía cuantitativa para la praxis judicial es innegable; no obstante, cuestionamos su legitimidad sustancial. La razón, subyace a que su ejercicio se desarrolle

guiado por el secretismo —propio del modelo inquisitivo— sustancialmente administrativa, de modo tal, que la forma impartir justicia de índole penal le restaría credibilidad frente a la sociedad.

2.7 EN LOS CASOS DE CORRUPCIÓN SOMETIDO AL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA ES CONSTITUCIONALMENTE VALIDO SOSTENER QUE LAS AUDIENCIAS SE REALICEN EN PRIVADO

En el apartado antecedente se ha descrito algunas ideas que la Corte Suprema de la República del Perú y la doctrina nacional e internacional respecto tienen sobre los alcances del derecho premial, en general, y en particular, del Proceso Especial de Terminación Anticipada. Hay posiciones que justifican la legitimidad de esta institución procesal, mientras que otros lo cuestionan.

Sin bien los mecanismos de simplificación procesal o de consensos son cuestionables por la restricción de los derechos, principios o garantías que supongan su implementación; no obstantes existen ciertas garantías procesales que no deben sucumbir a la ola de las medidas de emergencia, como diría LUIGI FERRAJOLI. Nos estamos refiriendo a la garantía de la publicidad.

Entonces, si el Proceso Especial de Terminación Anticipada es cuestionable en sí misma por restringir una garantía procesal de publicidad, la cuestión se complica por la norma no hace ninguna excepción, aun cuando la Constitución Política del Estado establece que los procesos

judiciales por responsabilidad de los funcionarios públicos son siempre públicos. No admite excepción alguna.

Ahora, corresponde

En el inciso 4) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (…)

La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, **son siempre públicos"**.

Del primer párrafo de la disposición constitucional se establece que los procesos son públicos salvo disposición contraria de la Ley; es decir, que algunos procesos judiciales podrán actuarse bajo el principio de publicidad, siempre que tenga cobertura legal. No obstante, en el segundo párrafo se establece que los procesos por responsabilidad de los funcionarios público siempre será públicos. No excepción alguna que pueda sostenerse válidamente a la publicidad de los procesos por casos de corrupción de funcionarios públicos.

En consecuencia, aunado a los fundamentos de la teoría del garantismo penal que justifica la necesidad de la publicidad de la audiencia especial del Proceso Especial de Terminación Anticipada de los casos penales en general, desde la disposición constitucional, en los casos de

corrupción, las audiencias siempre deben ser públicas. Cualquier disposición legal contraria al sentido normativo del inciso 4) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado es inconstitucional.

2.8 PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO PARA DETERMINAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

2.8.1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ANTECEDENTES GENERALES

El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso —como se conoció en sus inicios— es una creación de la jurisprudencia y doctrina del derecho europeo, en primer orden en el Derecho de policía prusiano[46] y en segundo orden y fundamentalmente en el fuero alemán[47]. De esta manera nos dice BERNAL PULIDO, «la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido la precursora en la aplicación de este principio en el control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos» [2007: 53]. En este mismo sentido, afirma CIANCIARDO: el principio de proporcionalidad continúa su evolución en el siglo XIX, en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Administrativo alemán[48],

[46] En este sentido, BERNAL PULIDO —citando a Carl Glottlieb Svarez— señala que: « la posibilidad de que las intervenciones estatales en la libertad pudieran considerarse legítimas, dependía de su intensidad y de los objetivos que pretendiesen alcanzar. No todo los propósitos habilitan al poder políticos para intervenir en la libertad individual con igual contundencia» y finalmente, añade: «el Estado tiene competencia para intervenir en la libertad con mayor intensidad, cuando persigue evitar daños comunitarios o disminuir el riesgo frente a peligros apremiantes —es decir, cuando cumple una función de defensa»—, que cuando pretende "promover el bienestar de la comunidad, la belleza o patrocinar otros fines secundarios similares"». [2007: 46-47]

[47] Así, BERNAL PULIDO [2007: 48] y [2005: 66].

[48] A este respecto, CIANCIARDO señala que los jueces alemanes invocaron este principio «a partir de la premisa de que los deberes de policía implican la adopción de "tandas medidas como sean necesaria para

primero y luego se desarrolla en la praxis constitucional, para posteriormente convertirse en uno de los principios vertebrales del Estado de Derecho [2004: 46].

Desde esta óptica, aunque con un acento mayor desde el ámbito penal[49], PERELLO DOMENECH, destaca la función de este principio en el derecho de policía. Así, dice la autora: «la actividad de policía no se concibe como un poder ilimitado, sino que se van configurando una serie de normas y principios de los que deriva que las intervenciones policiales sólo son lícitas en la medida que son imprescindibles y adecuadas a los fines que persiguen». Por ello, el principio de proporcionalidad ―continua PERELLO― «se configura como una "medida natural" de la potestad de policía, adquiriendo la importancia de un verdadero limite jurídico». [1997: 69].

El principio de proporcionalidad sigue su curso expansivo. A fines del año 2000, entre otras cosas, con el objeto de «compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes», mediante la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la comunidad europea apuesta por «reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución, del progreso social y de los alcances científicos y tecnológicos».

el mantenimiento del orden público" el tribunal […] concluyó que las medidas excesivas no se encontraban cubiertas por la noción de "deberes de policía"» [2004: 46].

[49] PERELLO, asume que el principio de proporcionalidad tiene su formulación inicial en el Derecho penal, en relación a la pena. Beccaria en su obra clásica, *De los delitos y las penas*, sostuve que la «pena proporcional a la culpabilidad era la única penal útil», de la misma manera, este principio implícitamente está recogido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamaba que la Ley no debía establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesaria. A partir de estas premisas, PERELLO fundamento su posición [1997: 69]. De este criterio también es BERNAL PULIDO [2007: 47]

En esta Carta, como dice BERNAL PULIDO el principio de proporcionalidad es incluida expresamente en el artículo 52.1, según el cual, «sólo se podrá introducir limitaciones [a los derechos fundamentales garantizados por la Carta] respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» [2007: 51]

En el derecho español, el principio de proporcionalidad se gesta en el seno de la administración pública y, recién posterior a la promulgación de la Constitución española de 1978, el Tribunal Constitucional comienza —indica BERNAL PULIDO— adoptar «como uno de los criterios estelares para la fundamentación de sus decisiones» [50]. Aunque inicialmente se ha aplicado a las más variada materias relacionadas al poder público (designación de cargos públicos, competencias, etc.), sin embargo, se ha centrado primordialmente en los actos estatales que intervienen en los derechos fundamentales[51]. En términos del autor «es el cambio emblemático de este principio en sede constitucional» [2007: 60-61].

Es en este contexto, descrita de manera ligera, es donde el principio de proporcionalidad se inicia, se desarrolla y evoluciona. En estos tiempos, como dice BARNES, este principio «ha experimentado un auge extraordinario en el Derecho comparado de las últimas década […] en el ámbito de los principios generales del Derecho y de los derechos fundamentales» [1994:

[50] BARNES, anteriormente señaló en ese sentido [citado por BERNAL 2007: 60].

[51] El Tribunal Constitucional español, en la STC 55/1995, fundamento jurídico 3º señaló: «el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales» [BERNAL 2003: 55].

495-496]. Aunque, el autor haya pronunciado estas palabras hace dos décadas atrás, su contenido, sin embargo sigue vigente. En pleno siglo XXI, el principio de proporcionalidad ha adquirido mayor solidez en su afán de determinar o delimitar el contenido constitucional de los derechos fundamentales o bienes constitucionales.

2.8.2. ALCANCE Y ESBOZO DE DEFINICIÓN

Si bien, como se verá más adelante, el principio de proporcionalidad integra tres subprincipios, a saber: el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[52]; no obstante ello, este principio —sugiere BERNAL PULIDO— «debe ser considerado como un concepto unitario» [2007: 43]. Desde esta perspectiva, el contenido del principio de proporcionalidad puede describirse como un parámetro material de la actividad del Estado. Por un lado, BARNES VÁSQUEZ, sostiene que toda «actuación estatal —en cualquiera de sus formas posibles (acto administrativo, norma o resolución judicial) — debe ser útil, necesaria y proporcionada». Estos subprincipios, agrega el autor, «requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario —el más moderado— respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación costes-beneficios» [1994: 200]. Por otro lado, ISABEL PERELLO haciendo hincapié en el derecho administrativo, señala en estos tiempos su uso generalizado «opera como un límite material en aquella actividad estatal que actúan sobre el ámbito de libertad de los ciudadanos, y

[52] BERNAL PULIDO señala que en la jurisprudencia constitucional española más representativa, el principio de proporcionalidad integra tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Entre muchas puede ver, SSTC 66/1995, fundamento jurídico 5º y 136/1999 fundamento jurídico 22º y 23. [2007: 41].

además se configura como un instrumento eficaz en el control jurídico material de las decisiones discrecionales» [1997: 69].

La recepción de este principio en sede constitucional, desde el criterio de RUBIO CORREO [2010: 162] lo encontramos correcta y pertinentemente proyectado en la última parte del artículo 200º de la Constitución Política [53]. Por su parte, GRÁNDEZ CASTRO señala que la referencia sólo es implícita [54]. Al parecer, según el criterio de este autor, el principio de proporcionalidad no estaría expresamente reconocido en la Constitución como sí lo está, por ejemplo, en el proyecto de la "Constitución para Europa" [55] que finalmente no se materializó [2010: 338]. De este criterio, también es AGUADO CORREA. Para esta autora «le parece insuficiente el anclaje en el texto constitucional que realiza el Alto Tribunal en el último párrafo del artículo 200». Por ello, ―continúa AGUADO― recién posteriormente cuando el Tribunal Constitucional fundamenta el principio de proporcionalidad a partir del contenido de los artículo 3º y 43º del texto constitucional, esto es, la consagración del Estado social y democrático de Derecho, es cuando este principio constitucional

[53] Las dos última partes de la norma constitucional referida señala: «El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio».

[54] Dice este autor, que se advierte del artículo 200 in fine que «no se trata de un principio con pretensión de generalidad en materia de conflictos o restricciones de derechos fundamentales».

[55] «Artículo II-112.- Alcance e interpretación de los derechos y principios: 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrá introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

adquiere solidez constitucional [2010: 262].

En efecto, el Tribunal Constitucional reconoce al principio de proporcionalidad como un principio constitucional que informa todo el ordenamiento jurídico. Así, en la Expediente Nº 0010-2002-AI/TC ha señalado:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizar en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no [56].

De igual forma, en otro momento, el Supremo interprete de la Constitución sostuvo que «el principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículo 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo»[57].

De esta manera se confirma el rango constitucional del principio de proporcionalidad. Aunque durante la etapa de cautiverio por el régimen

[56] Sentencia recaída en el Expediente Nº 0010-2002-AI/TC Lima, caso sobre la acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, de fecha 03 de enero de 2003, fundamento jurídico 195.

[57] Expediente Nº 2192-2004-AA/TC Tumbes, caso Costa Gómez y Ojeda Dioses, emitido el 11 de octubre de 2004, fundamento jurídico 15.

fujimorista, el Tribunal Constitucional ha invocado este principio de modo asilado, o bien para referirse a la prohibición de exceso en el ámbito de administrativo sancionador o para denotar al principio de proporcionalidad como la expresión sustantiva del debido proceso, refiere GRÁNDEZ [2010: 342-343]. No obstante, es a partir de aquel extracto jurisprudencial del año 2003 (*supra* § nota 254), con el cual, el Tribunal comienza el desarrollo jurisprudencial de este principio en su real dimensión, dirimiendo conflictos de derechos fundamentales y, por ende, limitando materialmente la expresión del poder del Estado de todas las materias.

Hasta aquí, si bien es cierto el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional preludia el afianzamiento del principio de proporcionalidad como un parámetro limitador del poder público, también es cierto, que de la copiosa jurisprudencia constitucional, se perfila confusamente el contenido del mismo, algunas veces, confundido con el principio de razonabilidad, reconocido también en el artículo 200º de la Ley Fundamental y, otra veces, usándolo como sinónimo[58]. Este aspecto ha sido puesto de manifiesto por RUBIO CORREA, según este autor, el Tribunal ha usado indistintamente el contenido del principio de proporcionalidad con el de razonabilidad, inclusive, a veces, ha superpuesto sus contenidos que

[58] Entre varias, conforme sugiere RUBIO [2010: 171], podemos destacar el Expediente Nº 0261-2003-AA/TC, caso Cámara Peruana de Construcción-CAPECO, emitido el 26 de marzo de 2003. En esta sentencia, el Tribunal señala: « Ahora bien, a lo expuesto debe agregarse la regla de proporcionalidad. Para tal efecto, debe tenerse en cuenta la armonía y correspondencia en relación con la situación de hecho y la finalidad perseguida. En consecuencia, la diferenciación será válida si demuestra ser proporcional a la situación de hecho y a la finalidad perseguida.

Más aún, a la base objetiva y razonable de la diferenciación debe añadirse la racionalidad. Ésta debe ser entendida como la necesidad de acreditar la adecuación del medio empleado por la ley con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre el trato diferenciado que se legaliza, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se pretende alcanzar»

antes ha intentado diferenciar. Todo esto hace, prácticamente difícil poder establecer diferencias respeto del uno con el otro. Por ello, ―sugiere RUBIO― «si se usan dos conceptos distintos, es necesario diferenciarlos, y si no se puede, entonces hay que dejar de utilizar uno de ellos e incorporarlo al otro concepto con todas las precesiones del caso» [2010: 175].

Las inconsistencias terminológicas entre ambos principios no han sido propias de nuestra jurisprudencia constitucional, sino también ha sido un elemento caracterizador de la praxis constitucional del derecho comparado. En este sentido, BERNAL PULIDO, refiere que esta realidad se ha evidenciado en todos los países, en donde se han aplicado el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad [2005: 75-78].

Frente a tal panorama, RUBIO CORREA, define el principio de proporcionalidad, a nuestro juicio desde un punto de vista literal, como aquél principio que «busca encontrar una adecuada relación de volumen, significación o cuantía entre dos elementos jurídicos (o de relevancia jurídica) entre sí» [2010: 170].

Resumiendo todo lo expuesto, podemos señalar que el principio de proporcionalidad se erige como un principio constitucional y consustancial al Estado social y democrático de Derecho y, por lo mismo, se instituye en un elemento delimitador del contenido constitucional de los derechos fundamentales de la persona. Por ende se convierte en un parámetro limitador de la expresión del poder estatal, particularmente ―y, lo que nos

interesa— limita el ejercicio del *ius puniendi* del Estado [59], no solo en el plano abstracto sino en cada caso concreto que se somete al fuero jurisdiccional de carácter constitucional u ordinario.

2.8.3. FUNDAMENTO

En la doctrina y jurisprudencia comparada, por ejemplo la alemana, en primer orden o la española en segundo orden, el principio de proporcionalidad se erigió como un elemento esencial del Estado de Derecho y, este a su vez, como expresión de la idea justicia material, y de la proscripción de la arbitrariedad[60].

Según JAVIER BARNES, en el derecho constitucional comparado alemán, el principio de proporcionalidad se fundamenta en el Estado de Derecho[61], en cuanto aquel, tiene naturaleza sustantiva y como tal, permite realizar un control material de la actuación estatal, más no formal o procedimental. Una vez concluido el referido control, podrá afirmarse su legitimidad y constitucionalidad, en la medida que sean satisfechas los subprincipios que los integra [1994: 501].

En el derecho constitucional español, menciona BERNAL PULIDO, la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad se realiza

[59] En este sentido, por ejemplo el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad limita la libertad de configuración legislativa en materia penal. [Expediente Nº 0012-2006-PI/TC, sobre inconstitucionalidad del Decreto Legislativo Nº 961, Código de Justicia Miliar, emitido el 15 de diciembre de 2006, fundamento jurídico 31.

[60] Puede verse con mayores detalles en JUAN CIANCIARDO [2004: 54-57] y BERNAL PULIDO [2003: 594].

[61] Al respecto, BERNAL PULIDO cita una jurisprudencia alemana, el cual, también reproducimos. En la sentencia BVerfGE 19, 342 (348 y ss.) el Tribunal señaló: «En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Él dimana del principio de Estado de Derecho, en los fundamental de la propia esencia de los derechos fundamentales, que como expresión de las pretensiones generales de libertad de los ciudadanos frente al Estado, que no pueden ser limitadas por el poder público cada vez sino en cuanto sea imprescindible para la protección de los intereses públicos» [2003: 594].

de forma indirecta, en tanto que no hay norma explícita que lo recoja en el texto constitucional de 1978. Por ello, —continúa el autor— este principio puede ser perfectamente fundamentado desde ópticas variadas, como pueden ser: el carácter jurídico de los derechos fundamentales, con la idea de justicia, con el principio de Estado de Derecho y con el principio de interdicción de la arbitrariedad. En el primer caso, en términos del autor, el fundamento adquiere mayor consistencia, pues el principio de proporcionalidad se convierte en mandato de optimización de los derechos fundamentales. Esta afirmación tiene su soporte en el artículo 53.1 de la Constitución española[62], según el cual, las intervenciones legislativas desproporcionadas vulneran el contenido esencial del derecho fundamentales. A partir de esto, el principio de proporcionalidad debe ser entendida como aquel, mediante el cual, se determina el contenido esencial de los derechos fundamentales [2003: 594-595]. Existen otros dispositivos constitucionales, que al decir del mismo autor, fundamentan el principio referido, pero por cuestiones metodológicas solo hemos mencionado el más importante.

Como segundo caso, tenemos la fundamentación del principio de proporcionalidad complementada desde la idea de justicia, descrita en el artículo 11º de la Constitución[63]. Aquí, BERNAL PULIDO es claro y directo.

[62] Así establece la norma constitucional: «Artículo 53.- 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).».

[63] El artículo 1.1. prescribe: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.».

Según este autor, por la generalidad y abstracción de la palabra justicia, ésta no puede fundamentar el principio de proporcionalidad, pero sí, puede concebirse como uno de sus elementos y, que juntamente con otros principios con el de igualdad, interdicción de la arbitrariedad, se «puede inducirse su contenido para definir el valor de la justicia» [2003: 600].

De igual manera, respecto del principio de Estado de Derecho como fundamento del principio de proporcionalidad[64], BERNAL afirmar su debilidad por la ambigüedad del término. Pues, si la idea es fundamentar desde esa perspectiva mínimamente, entonces, debemos definir con claridad conceptual el Estado de Derecho. No obstante, ello es confuso pues la forma de organización política recogido en el artículo 1.1 de la Constitución española está compuesto por varios elementos, entre ellos, está el principio de proporcionalidad. Por ello, continúa BERNAL: «la idea inducida no puede servir a su vez de fundamento de los conceptos a partir de los que se induce. En estricto rigor, cada uno de los conceptos y principios formales y materiales adscritos al principio de Estado de Derecho, debe estar provisto de una fundamentación propia e independiente». Estas aseveraciones, obviamente, no significa que el principio de proporcionalidad tenga su base constitucional en el artículo 1.1., sino a lo mucho, supone una tipificación [2003: 601-602].

Finalmente, la fundamentación del principio de proporcionalidad en el principio de interdicción de la arbitrariedad. BERNAL PULIDO, como ha

[64] Entre la profusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, tenemos, por ejemplo, la SSTC 85/1992, fundamento jurídico 4º, el cual, este Colegiado sostiene: «el principio de proporcionalidad es un "principio inherente al Estado de Derecho"» [BERNAL 2003: 600].

sucedido en los dos casos antecedentes, la fundamentación en esta línea es también débil. Pues, si bien todo acto desproporcionado es un acto arbitrario, pero no todo acto desproporcionado es arbitrario. Y es que conforme ha diferenciado el Tribunal Constitucional español, una ley es arbitraria sólo si carece de "toda explicación racional", esto es, se trata de un acto legislativo extremo, abrupto, desprovista de toda motivación. En esto casos, no es necesario hace un análisis integral del principio de proporcionalidad, sino basta con juicio de idoneidad. Por esta razón, dice el Tribunal «el juicio de proporcionalidad no puede hacerse con base en la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 C.E., sino solamente cuando la eventual falta de proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza» [2003: 604-605].

Para un sector de la doctrina y jurisprudencia constitucional española, el principio de interdicción si sirve de fundamento del principio de proporcionalidad. Así, para CIANCIARDO este principio hunde sus raíces en el principio de interdicción de la arbitrariedad. Esta fundamentación, aunque no con en el mismo orden propuesto por el autor, parte del artículo 9.3 de la Constitución española[65]. El principio de interdicción de la arbitrariedad tiene rango constitucional, cuyo contenido ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional, entre los cuales, recientemente ha señalado: «la inexistencia de una justificación objetiva y razonable para la inaplicación de los criterios de igualdad y proporcionalidad supone, en sí

[65] El artículo 9º inciso 3) señala: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad **y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**» (el subrayado es nuestro) .

mismo, una arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE» [66]. Por tanto, siguiendo al mismo autor, todos los poderes públicos no pueden adoptar decisiones arbitrarias o caprichosas, el principio de proporcionalidad garantiza el cumplimiento efectivo de la proscripción de la arbitrariedad [2004: 57].

Como se podrá advertir, la fundamentación del principio de proporcionalidad en el seno de la praxis constitucional ha apuntado al mismo horizonte. O bien como una cláusula esencial del Estado de Derecho o bien, como una técnica argumentativa que limita el poder arbitrario, en ambos casos siempre ha seguido la línea de protección de los derechos fundamentales de la persona, elemento sustancial de toda organización política.

El Tribunal Constitucional peruano ha seguido el mismo camino trazado por el derecho constitucional comparado, sobre todo influencia por la jurisprudencia española. Desde esta perspectiva, las referencias jurisprudenciales y doctrinales constituyen, también, referentes fundantes del principio de proporcionalidad en el orden jurídico. Así, entre la profusa jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional señala que «el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho», y con él «no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material» [67].

Pero el Supremo intérprete del orden jurídico no se ha quedado allí,

[66] Pleno. Sentencia Nº 19/2011 del Tribunal Constitucional español, 03 de marzo de 2011, fundamento jurídico 11.

[67] Sentencia Nº 45/2007 del Tribunal Constitucional, Pleno, 01 de marzo de 2007.

sino ha ido más allá, con lo cual, según señala CORREA: le otorga mayor solidez en la fundamentación constitucional al principio de proporcionalidad [2010: 262]. En efecto, como lo anunciamos *supra* (§ b.2), en el caso Costa Gómez y Ojeda Dioses, el Tribunal sentenció en el siguiente modo: «El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo».

A decir del Tribunal, para consolidar el ejercicio argumentativo del principio de proporcionalidad, ha apelado también al principio de interdicción de la arbitrariedad como una de las dimensiones implícitas del Estado social y democrático de Derecho. Así, dice el colegiado: «el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria es injusta». Por tanto, —continúa el Tribunal— «la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho» y como «carente de fundamentación objetiva» [68].

Pues bien, en este orden ideas, el principio de proporcionalidad, qué duda cabe, es uno de los parámetros de rango constitucional que limita todo expresión de poder, a fin de garantizar el contenido material a los derechos fundamentales de la persona. Por ello, como sostiene BARNES, el principio de proporcionalidad «se deriva de la noción material del Estado de Derecho y, en realidad, de la misma esencia de los derechos fundamentales,

[68] Expediente Nº 00535-2009-AA/TC Lima, caso Oroya Gallo, de fecha 05 de febrero de 2009, fundamento jurídico 17.

que son ante todo derechos de libertad, y tiene, por consecuencia rango constitucional», razón suficiente para vincular a todos los poderes públicos y, así, erigirse en «piedra angular de todo el ordenamiento jurídico, una fuente subsidiaria que lo integra e inspira» [1994: 499-500, 510].

2.8.4. ESTRUCTURA

El principio de proporcionalidad se estructura, como es de aceptación unánime en el derecho comparado[69], en nuestra doctrina[70] y en la jurisprudencia nacional[71], en base a reglas o subprincipios, tales como: el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

El desarrollo argumentativo de estos principios —advierte BERNAL PULIDO— es sucesiva y escalonada [2007: 693]. En otros términos, para hacer el respectivo control de la ley, primero se deberá analizar el subprincipio de idoneidad, y recién cuando la norma logra superar esta regla pasamos al siguiente. Y si el subprincipio de necesidad también es superado, entonces necesariamente para declarar la constitucionalidad o no de la ley se deberá realizar el juicio de ponderación o proporcionalidad *estricto sensu*. Veamos.

2.8.5. SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD

Toda intervención del Estado en los derechos fundamentales o bienes constitucionales para erigirse como legítimas o constitucionalmente

[69] Entre otros, BARNES [1994: 497-500], CIANCIARDO [2004: 31-58] y BERNAL PULIDO [2005: 66-68].

[70] Por todas, CASTILLO CÓRDOVA [2009: 667-669].

[71] Entre todas puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005, caso PROFA, fundamento jurídico 33.

válida, en primer lugar, deberán satisfacer el subprincipio de idoneidad. Al decir de BERNAL PULIDO, esto supone que esta intervención «debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo» [2007: 693].

De esta afirmación podemos advertir dos exigencias del principio de idoneidad o de adecuación[72]. Por un lado, la medida a imponerse debe tener un fin constitucionalmente legítimo y, por otro, se requiere que el medio para lograr tal propósito debe ser idóneo[73], sostiene BERNAL [2007: 693]. Esta posición es recogida por el Tribunal Constitucional peruano. Por ejemplo, en el Expediente Nº 00034-2004-AI/TC, el Tribunal ha señalado: «toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo»[74]. En otro momento, —siguiendo la doctrinal alemana, Laura Clérico [2000] — el Tribunal ha destacado a este subprincipio como «relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador»[75].

Como se podrá advertir, el Tribunal Constitucional sigue la línea propuesta por la doctrina comparada. Esto es, el Tribunal desprende dos aspectos relevantes para el análisis del subprincipio en cuestión. Por un lado, que el fin propuesto sea constitucionalmente legítimo y, el medio parar

[72] Así, por ejemplo prefiere denominar JUAN CIANCIARDO [2004: 62]. El uso de esta terminología ha sido usual en la doctrina alemana [BERNAL 2007. 693].

[73] Véase el Expediente Nº 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), emitido el 29 de agosto de 2007, fundamento jurídico 22.i.

[74] Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Expediente Nº 00034-2004-PI/TC, caso sobre la inconstitucionalidad de la Ley Nº 26271, emitido el 15 de febrero de 2005, fundamento jurídico 63.a.

[75] Sentencia recaída en el Expediente Nº 00045-PI/TC, caso sobre la inconstitucionalidad de la ley Nº 27466, emitido el 29 de octubre de 2005, fundamento jurídico 38.

lograrlo sea idóneo, capaz de lograr el objetivo propuesto.

i) Legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental o bien constitucional.

El fin que se pretende lograr, desde el punto de vista de la Constitución, debe ser legítimo, sostiene BERNAL [2003: 688]. Y lo será en la medida que el fin se corresponda con la Constitución, y además, suponga la fundamentación del medio. Por ello, como dice el Tribunal Constitucional peruano, es una relación de medio-fin (*supra* nota 273). El objetivo legislativo fundamenta el medio empleado.

Ahora la cuestión es determinar qué tipo de fin deben concurrir para que sea reputado como legítimo o válido constitucionalmente. BERNAL PULIDO, nuevamente sostiene que «cualquier fin legislativo es legítimo, a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución» [76]. Es decir, el fin legislativo al igual que la ley goza de una presunción de constitucionalidad[77], por ende, la intervención legislativa en los derechos fundamentales o bienes constitucionales son legítimas en la medida que no exista disposición expresa o implícita que evidencie lo contrario en la

[76] Siguiendo la Sentencia STC 9/1997, fundamento jurídico 3 y siguientes, BERNAL PULIDO, anota que «las prohibiciones expresas aparecen de modo manifiesto en el texto constitucional, al paso que las prohibiciones implícitas se deducen mediante su interpretación» Además, ésta pueden tener carácter definitivo o *prima facie*. En el primero, el conflicto no podrá salvado mediante la ponderación, en cambio, la segunda es posible «derrotable» la prohibición mediante la ponderación [2003: 695].

[77] El principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, asume el Tribunal Constitucional peruano, como un principio, por el cual «se presume que esta y las demás normas dictadas por el Estado se toman por constitucionales, salvo prueba en contrario». Este principio, por lo demás, ha sido recogido legislativamente por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuya Segunda Disposición General establece que «Los jueces y tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando, por vía interpretativa, no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional» [Expediente Nº 3556-2003-HC/TC Lima, caso Zavaleta Vargas, emitido el 28 de junio de 2003, fundamento jurídico 2].

Constitución [2003: 693].

En seguida es preciso transcribir unas de las conclusiones asumidas por BERNAL PULIDO

Un fin sólo puede ser catalogado como un fin ilegítimo, cuando está prohibido definitivamente por la Constitución[78]. Cuando se presenta un caso dudoso acerca de legitimidad del fin legislativo, porque existe una prohibición *prima facie* del fin, debe aplicarse la presunción de constitucionalidad de la ley. De este modo, el fin legislativo de cuya legitimidad se duda, debe ser considerado como un fin *prima facie* legítimo y, correlativamente, la ponderación de los principios constitucionales que jueguen a favor y en contra de su legitimidad, debe desplazarse y diferirse hasta la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. [2003: 698]

Así, pues el objetivo legítimo permitirá la realización de los derechos individuales, o bienes colectivos constitucionalmente protegidos. Entre otras cosas, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha reconocido como bienes esenciales de convivencia democrática en un Estado social y democrático de Derecho a la *lucha contra la corrupción*[79], es más, en otra oportunidad lo ha reconocido como un principio de rango constitucional[80].

[78] BERNAL PULIDO, asume la concepción negativa de los fines de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales. Esto es, sostiene el autor, la competencia constitucional de los legisladores en la configuración de los derechos fundamentales no sólo debe seguir los fines legítimamente establecidos en el texto fundamental (positiva), sino debe proseguir cualquier fin legislativo a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución [2007: 698-699].

[79] Véase la STC Nº 0019-2005-PI/TC, caso de inconstitucionalidad de la Ley Wolfenson, emitido el 21 de julio de 2005, fundamento jurídico 47.

[80] Así, en el STC Nº 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC, fundamento jurídico 55.

Ahora, es preciso señalar la forma de determinación del fin del legislador. Esta labor —sostiene BERNAL— es «una terea interpretativa». Para ello, continúa el autor, se debe recurrir al cualquier antecedente del acto legislativo, que puede ser: la propia constitución, su preámbulo, el texto de la ley, exposición de motivos, los cuadernos de debate parlamentario, etc. La legitimidad de los fines que el legislador se proponga[81] deben ser examinados por separado [2007: 719, 723].

i) La idoneidad de la intervención legislativa.

Establecida o determinada el objetivo de la intervención legislativa en los derechos fundamentales o bienes constitucionales y, puesto en evidencia que este objetivo es legítimo constitucionalmente, ahora debemos deslindar si la medida legislativa empleada es idónea o carece de tal cualidad. A este respecto, BERNAL PULIDO, desde una perspectiva negativa sostiene que «una intervención legislativa en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su finalidad» [82] [2007: 724]. En sentido contrario, la medida legislativa solamente será idónea en la medida que permita lograr el propósito[83], pero

[81] En doctrina se diferencia los fines mediato de los fines inmediatos. «El fin inmediato del Legislador es un estados cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzar, en razón de estar ordenado por un principio constitucional (el fin mediato), sostiene BERNAL». Por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional española (STC 161/1997, fundamento jurídico 10) se diferenció ambas clases de finalidades en la sanción penal impuesta al conductor que se niegue a someterse a la prueba de impregnación alcohólica. Dice el Tribunal: «Las finalidades inmediatas son: la protección de las seguridad en el tráfico rodado y la protección de la obediencia a la autoridad pública integrada de las personas y la protección del orden público y de la dignidad en el ejercicio de la legítima función pública» [2007: 722-723].

[82] Desde la posición de BERNAL PULIDO, el fin que persigue la medida legislativa puede ser inmediata y/o mediata. En el fin inmediata «es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional (fin mediato) [2007: 719].

[83] Esta posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional peruano. Según el Supremo interprete de la Ley Fundamental: «De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo,

la entidad de la idoneidad no es máxima sino mínima[84]; en palabras del autor colombiano, «un medio idóneo no es el más idóneo, sino el que no carezca absolutamente de idoneidad» [2007: 728].

Entre la medida legislativa y el objetivo constitucionalmente legítimo debe existir una relación de causalidad positiva con el fin inmediato[85] [86]. Esta relación, según BERNAL, tiene su base empírica, esto es, la falta de idoneidad de la medida legislativa deberá demostrarse mediante premisas empíricas, basadas «en conocimiento científicos o convicciones sociales aceptadas generalmente», en cambio la relación entre la medida y el fin mediato es de carácter analítico, para su enjuiciamiento es preciso recurrir a métodos de la interpretación que permita adscribir dicho fin a un principio constitucional [2007: 733].

---

suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine» [Expediente 0050-2004-PI/TC, emitido el 3 de junio de 2005, fundamento jurídico 109].

[84] Según la postura de la doctrina alemana [CLÉRICO 2001, citado por BERNAL 2007: 724], el enjuiciamiento del subprincipio de idoneidad puede desprenderse en una versión fuerte o de la idoneidad en sentido amplio o una versión débil o idoneidad en sentido estricto. La primera versión, apunta BERNAL, es aquella «medida legislativa [que] deberá ser considerada idónea sólo si es aquélla que contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin y aquella que más lo realiza»; mientras que la segunda, «la idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ella tenga una relación positivo de cualquier tipo con el fin legislativo, es decir, de que sencillamente facilite su realización de algún modo: con eficacia, rapidez, plenitud y seguridad» [2007: 725].

[85] Es decir, la medida legislativa guarda una relación de causalidad positiva con el fin inmediato que persigue, si conduce a un estado de cosas en que la realización de dicho fin se ve aumentada, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma legal. Por esta razón, si la norma legal no existiera, no se produciría un aumento en la realización del fin inmediato; dicho en sentido contrario, la expedición de la norma legal probablemente determine un aumento en la realización de dicho fin [BERNAL 2007: 719].

[86] El enjuiciamiento del subprincipio de idoneidad —expresa LAURA CLÉRICO (2001) — puede desencadenar en tres resultados distintos: por un lado, «si el medio contribuye a un aumento de la realización del fin, entonces el medio es idóneo»; por otro, «si el medio no tiene ninguna relación con la realización del fin, entonces no es idóneo»; y, finalmente, «si el medio tiene ciertamente una relación con el fin pero no fomenta el fin en todas las perspectivas o sólo lo hace muy abstractamente, entonces el subprincipio de idoneidad no ofrece ninguna decisión» [citado por BERNAL 2007: 734]. Respecto a esta última parte, BERNAL es de posición contraria. Para este autor, se trata de un caso dudoso, por lo tanto, la constitucional de la medida debe analizarse en el último subprincipio [2007: 734].

Por último, el examen de idoneidad debe hacer en base al control de evidencia[87]. De este modo, —señala BERNAL— «la falta de idoneidad de la norma legal debe ser evidente. En caso contrario, debe considerarse que ésta es idónea» [2007: 738]. Esto implica que la mínima idoneidad exigible a la medida legislativa debe ser acreditada con premisas empíricas evidentes y seguras. En todo caso, cuando existe incertidumbre de la idoneidad de la medida su análisis de constitucionalidad debe trasladarse al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, apunta BERNAL [2007: 739].

2.8.6. PRINCIPIO DE NECESIDAD

Según BERNAL PULIDO, el principio de necesidad supone que: «toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto»[2007: 740]. Esta regla argumentativa comporta dos exigencias. En primer lugar, corresponde examinar si el otro medio alternativo tiene el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa en análisis; y, en segundo lugar, si dicha medida afecta negativamente el derecho fundamental en menor intensidad.

En la jurisprudencia y doctrina nacional se ha asimilado esta postura sin ningún reparo. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en una de sus sentencias ha expuesto que «el principio de necesidad significa

[87] Para BERNAL, esta posición es plausible, toda vez que, es compatible con la versión débil del subprincipio de idoneidad [2007: 738].

que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado[88]. Por su parte, CASTILLO CÓRDOVA refiere que este subprincipio «consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces» [2008: 125].

Pues bien, toda intervención innecesaria en un derecho fundamental es *per se* inválida, por tanto, inconstitucional. Para concluir en tal sentido, el subprincipio de necesidad parte de un presupuesto, esto es, que existe una medida alternativa. La elección de esta medida —explica BERNAL PULIDO— se realiza de «acuerdo con los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales existentes en el momento de la expedición de la norma legislativa examinada». Este proceso debe realizarse siguiendo las pautas establecida por la regla siguiente: «el principal criterio para seleccionar los medios alternativos en que éstos revistan algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que la medida legislativa se propone» [2007: 743].

Dicho esto, ahora conviene desarrollar las dos exigencias correspondientes al subprincipio de necesidad, que mencionadas al inicio de este apartado. Veamos.

ii) El análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos.

[88] Expediente 0050-2004-PI/TC, fundamento jurídico 109.

Aquí, siguiendo linealmente a BERNAL PULIDO, «de lo que se trata es de establecer, si, de acuerdo con los conocimiento científicos, técnicos, dogmáticos y generales, existentes en el momento de adopción de la medida legislativa, un hipotético medio alternativo habría tenido y tendría una idoneidad equivalente o mayor que ésta, para contribuir a la obtención del fin inmediato» [2007: 746-747]. Como se podrá advertir el análisis de esta exigencia gira en entorno al dato fáctico que concurre en cada caso concreto. En esta línea, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional[89] ha resuelto un caso en el que han destituido de la administración a dos servidores públicos, previo procedimiento administrativo disciplinario. La cuestión es que tal decisión comportaba un acto desproporcionado, toda vez que, la entidad no ha evaluado «todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada».

En algunas ocasiones la idoneidad de la medida alternativa puede ser superior a la medida legislativa, no obstante, esto no implica por sí mismo la innecesaridad de ésta, sino ineludiblemente deberá cumplirse la segunda exigencia. Esta premisa está plasmada en la trigésima octava regla argumentativa planteada pro BERNAL [2007: 747]

[89] Expediente Nº 02192-2004-AA/TC Tumbes, Caso: Costa Gómez y Ojeda Dioses, expedida el 11 de octubre de 2004, fundamento jurídico 18.

iii) La búsqueda del medio más benigno con el derecho fundamental afectado.

Ahora es preciso el análisis de las medidas alternativas seleccionadas, determinando cuál de ellas intervienen con menor intensidad en el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

2.8.7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental» [Expediente 0050-2004-PI/TC, fundamento jurídico 109]

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de Investigación, según su finalidad, corresponde a una investigación Jurídica-formal, pero específicamente es una investigación de carácter dogmática, atendiendo a que la discusión es a nivel normativo: el problema de la posible antinomia entre una prescripción constitucional y una norma procesal en vigencia.

3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación utilizado es el causal-explicativo, porque se trata de explicar la relación, correspondencia o antinomia entre una norma constitucional y una norma ordinaria procesal penal.

3.2 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño "Descriptivo-Explicativo-Comparativo" empleado estudia los factores, circunstancias y otros que justifican la existencia de la prescripción constitucional y de la norma procesal penal.

3.3 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Los Métodos generales: el método general empleado ha sido el Inductivo - Deductivo, combinado con el de Análisis y Síntesis. Para algunos aspectos (sobre todo para los puramente teórico y formales), el método Hermenéutico o de la Interpretación, en sus variantes Exegético y Sistemático, se ha empleado con la finalidad de buscar no solamente las interpretaciones históricas o lógicas sino la definición de las instituciones, la determinación del significado de los términos y el alcance de las normas en función de las instituciones y del problema planteado.

Los métodos específicos empleados en la Investigación son las siguientes:

a) **Método Dogmático**.- Porque se busca la explicación doctrinal de los fenómenos materia de investigación.

b) **Método Hermenéutico.-** Porque se trata de interpretar los textos legales, así como las ideas expuestas por el legislador y el doctrinario del área materia de investigación.

c) **Método de la Argumentación jurídica**.- Porque se trata de demostrar cómo y cuál es el proceso de argumentación (justificación interna y externa) que realizó la Corte Suprema de Justicia de la República

respecto de la concesión de la libertad anticipada.

d) **Método exegético**.- Porque permite el estudio y análisis de la legislación vigente respecto del tema materia de investigación.

e) **Método Dialéctico**.- Porque permite discutir, confrontar las posturas existentes en la doctrina, la jurisprudencia y las normas legales aplicables.

3.4 UNIDAD DE ANÁLISIS

En la presente investigación no se tuvo la unidad de análisis, atendiendo al carácter dogmático de la investigación, salvo: doctrina, jurisprudencia y normatividad vigente

3.5 POBLACIÓN Y MUESTRA

Nuestra investigación es de carácter dogmática, por lo que no se eligió un población y muestra.

3.6 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

El recojo de información del trabajo de campo se realizó, a través de la "Técnica Documental", empleándose como su instrumento las fichas, especialmente la literales y de resumen, en base al cual se recogió la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la "ficha de análisis" de contenido para poder realizar el estudio de la doctrina y jurisprudencia sobre el problema de estudio planteado y así poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que existe en el derecho constitucional, derecho procesal

penal y gobernanza pública.

3.7 ESTRATEGIA O PROCEDIMIENTO DE RECOGIDA, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE INFORMACIÓN

3.7.1. ESTRATEGIAS O PROCEDIMIENTOS DE RECOGIDA DE INFORMACIÓN

a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales y de resumen.

b) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el método de la Argumentación Jurídica.

3.7.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Análisis del contenido. Cuyos pasos a seguir fueron:

a. Selección de la comunicación que será estudiada;

b. Selección de las categorías que se utilizaran;

c. Selección de las Unidades de análisis,

d. Selección de sistemas de recuento o de medida

Criterios. Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fue el siguiente:

a. Identificación del lugar donde se buscó la información.

b. Identificación y registro de las fuentes de información.

c. Recojo de información en función de los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.

d. Sistematización de la información.

e. Análisis y evaluación de la información.

Técnicas e instrumentos

- **Técnicas.-** Las técnicas utilizados en la investigación fueron:

- Análisis documental. Atendiendo que la investigación también es dogmática; por lo que se plasmó el análisis en ellas.

- **Instrumentos de recolección de Datos.** Se utilizaron:

- Fichas:

1) De registro: a) Bibliografía y b) hemerográficos.

2) De investigación: a) Textual, b) Resumen, c) comentario y d) Mixta

3.7.3. ANÁLISIS DE DATOS

Los datos que se obtuvieron con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el derecho puede concebirse como argumentación, ya desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar.

La habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una

postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino recordarles a los juristas lo que ya saben pero orientándoles siempre a la mejora continua de su actuar, siempre en beneficio de la sociedad.

CAPÍTULO V

RESULTADO Y DISCUSIÓN

5.1. LA PUBLICIDAD COMO MEDIO DE CONTENSIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Ya en 1887 LORD ACTON, catedrático de la universidad de Cambridge acuñó: **«el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente»** [citado por AGUILAR et ál. 2005: 17]. Claro, no podía ser de otra manera, el poder sin control es fuente de corrupción[90]. Para RODRÍGUEZ GARCÍA,

[90] La corrupción, como se ha puesto de manifiesto, sin duda, constituye un fenómeno social, desviado pero de orden social. Empero el problema subyace en definirlo, ¿qué aspecto englobamos cuando hacemos referencia a corrupción? Podemos definirlo como «la violación del deber y la utilización ilícita del poder recibido por el titular de la especial situación jurídica» [GONZÁLES 2000: 104] o, simplemente, como la superposición de interés personal o particular sobre el interés público [RODRÍGUEZ 2000: 73]. En fin, se han esbozados muchas definiciones, su configuración compleja ha impedido llegar a un buen puerto. Pero lo que sí, constituyen elementos comunes, son sus manifestaciones o consecuencias externas. Así, RODRÍGUEZ GARCÍA, describe de la siguiente manera: «La corrupción provoca inestabilidad política y desconfianza en el Estado y en el poder político; anula la buena fe indispensable para el funcionamiento correcto de las instituciones; pervierte el desarrollo económico, político y social de los Estados, perjudicando en última instancia a todos los ciudadanos; conduce a la arbitrariedad y al desprecio de la primacía del Derecho; aumenta el poder de la criminalidad organizada; propicia la desintegración social; destruye los fundamentos morales de la sociedad; atenta contra los derechos humanos y la dignidad de la persona; mina los cimientos del Estado

este fenómeno social es un «problema patológico y estructural de nuestras sociedades», que desborda cualquier límite temporal y espacial; en fin, es asunto de interés universal[91]. Pues, es uno de los comportamientos —junto con el terrorismo— «que más afectan y deterioran la esencia de lo que es un Estado social y democrático de Derecho». Todos los países del mundo, en mayor o menor medida, padecen de esta «lacra social» [2003: 241-244].

En este orden de ideas, el Derecho penal se instituye como un medio de control social [92] y racional [93] decisivo para la lucha contra la corrupción. Debe advertirse aquí un aspecto central, del cual debe partir cualquier clase de medida. El Derecho penal —por demás está decirlo— no tiene la «misión de erradicación de la corrupción», esta misión sería ilusa; es como pretender eliminar la criminalidad en general, dice GONZÁLES [2000: 205]. La idea, es, entonces, combatir la impunidad haciendo viable una convivencia social democrática. Para

---

al romper al vehículo de fidelidad de gobernantes y gobernados; socava los fundamentos y arruina el valor de la democracia, etc.». [2003: 241]

[91] «El análisis de esta lacra social — sostiene NICOLÁS RODRÍGUEZ— se ve complicado desde el momento en el que constatamos que no se puede afrontar desde una perspectiva nacional puesto que, sin duda, está íntimamente relacionado y favorecido por la globalización de las relaciones, fundamentalmente las de naturaleza económica. Ellos nos conduce a afirmar que estamos ante una problemática universal, presente en mayor o menor medida en todos los países del mundo». En este sentido, la corrupción es el resultado de la «imbricación entre delincuencia, Derecho y economía». Si bien el problema no es el fenómeno de la globalización en sí —continúa el autor— si no, precisamente, dentro de este contexto mundial se debe «reclamar más globalización en materia de derechos, garantías y libertades», de modo tal, que frente a fenómenos criminales como la corrupción, la cooperación conjunta de los Estados permita contrarrestar, por un lado, «núcleos de impunidad, en donde las organizaciones criminales fijan el escenario de su intervención», pues carecen de sistema de prevención y represión coherente e integral; por otro, erradicar los «paraísos fiscales». Reformar cualquier condición fiscal que permite cobijar actos de corrupción en el seno del funcionamiento estatal [2004: 242-243].

[92] El Derecho penal constituye un medio de control social secundario «puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces» [MUÑOZ 1985: 37].

[93] «El Derecho Penal se configura —afirma FERRAJOLI— como un técnica más racional de minimización de la violencia: tanto la violencia de los delitos como de la violencia de las penas arbitrarias» [2007:36]

tal propósito, el Estado debe activar toda su maquinaria represiva, desde luego, dentro de los márgenes de legalidad y proporcionalidad, en suma, dentro de los cánones del Estado Social y democrático de Derecho.

Dentro de las manifestaciones del *ius puniendi* tenemos al sistema procesal penal. Así, el proceso penal se erige como un medio racional y democrático de combatir la corrupción y, en términos de BINDER, lo hace desde una doble perspectiva. Por un lado, controlando y reprimiendo los sucesos de corrupción ocurridos en otros órganos u organismos del Estado; por otro, combatiendo los actos de corrupción que vienen de las entrañas del Poder Judicial [2006: 18].

Finalmente, la debilidad del sistema procesal penal frente a la corrupción no son propias del ejercicio deficiente de las funciones jurisdiccionales, fiscales, policiales o las funciones de otros funcionarios o servidores públicos involucrados en el proceso penal, sino también **el problema se centra en el diseño de la estructura del proceso**. Para BINDER, este problema debe ser planteado desde la perspectiva organizacional del sistema procesal penal. Pues, «la forma y la cultura» de la organización del sistema judicial —sigue BINDER— «no sólo cobija sino que estimula los actos de corrupción» [2006: 18].

Entre los factores [94] o condiciones que estimulan los actos de corrupción, en puridad, son los procedimientos secretos [BINDER 2006: 18]. De hecho, las sombras del secretismo en el que se desenvuelve el poder jurisdiccional esconden

[94] Ciertamente, los factores son de diversa índole. A este respecto, bien ha puesto de manifiesto MACLEAN. Dice este autor, la corrupción no es un problema —al menos, fundamentalmente— de leyes, sino de nuestra cultura individual [2008: 13]. En otras palabras, básicamente, es cuestión de personas y más no de normas. Pero nuestro análisis no va dirigido a ese terreno, sino al sistema procesal penal, al diseño estructural del proceso penal. Este aspecto es tan importante como el primero.

actos de corrupción, tanto crímenes menores [95] como crímenes mayores [96]. Por ello, **es importante una cultura judicial transparente [97], en donde el proceso penal se desarrolle bajo el control público**. Así, la publicidad del proceso penal, sin más, se erige como uno de los principios inherente del Estado democrático de Derecho [98] y, por tanto, irradia a toda la actividad estatal. De hecho, —sostiene GONZÁLEZ— «la abusiva presencia del secreto no es fortaleza del Estado, sino su debilidad y decadencia». El secretismo de los actividades del gobierno «abre el portillo de la corrupción y el crimen, blinda los poderes frente a la propia sociedad, obliga a soportar tales abusos» [2000: 211]. Desde esta perspectiva los alemanes, HORST SCHÖBOHM y NORBERT LÖSING, también han destacado la publicidad del proceso penal como una de las garantías procesales que sustancialmente pueden sustraer posibilidad de corrupción [1996: 59].

HORST SCHÖBOHM y NORBERT LÖSING señalan que «el principio de publicidad no puede sustituirse meramente por un pronunciamiento público de la sentencia, pues el pronunciamiento de la sentencia no refleja del curso del proceso

[95] Por ejemplo, BINDER nos dice: el «"amiguismo", es favorecido por la falta de transparencia propio de la forma de la organización judicial» anacrónicas y primitivas [2006: 18].

[96] Véase en la *nota* 151.

[97] La transparencia, siguiendo a AGUILAR et ál., podemos definirla como: «un entorno de confianza sobre el Estado y la manera como desempeña sus funciones, donde la claridad en las competencias de los órganos, el acceso a la información documental, la publicidad oportuna de las decisiones estatales son elementos indispensables y, su cumplimiento, acarrean que la percepción ciudadana de un proceso de apertura estatal, legitimándole y dotándole de mayor aceptación ciudadana» [2005: 37] Por ello, la «cultura de la transparencia» —en términos del Tribunal Constitucional— es inherente al Estado social y democrático de Derecho, en el que la información en poder del Estado, inclusive de las personas jurídicas de régimen privado que prestan servicios público, en principio son público. Mientras tanto, en la «cultura del secreto» el Estado, sus órganos u organismos se estimaban como "propietarias" de la información que tenían en su poder. Desde esta perspectiva errónea, las entidades estatales muchas veces sentían que podían decidir discrecionalmente si entregaban o no la información pública solicitada. [STC Expediente Nº 04912-2008-PHD/TC Lima, caso Rodrigo Villarán Contavalli, fundamento jurídico 4 y 5]

[98] Desde una perspectiva general , el principio de publicidad

penal y no permite que se conozca la vista» [1996: 52]. Si bien este desarrollo doctrinal es propio de la realidad alemana, no obstante, es perfectamente aplicable a nuestra realidad por ser nuestro sistema procesal, un producto influenciado del sistema europeo continental.

Obviamente, existen diversos factores que contribuyen a la corrupción, pero, cierto es, que dentro de los más importantes se encuentra la falta de transparencia del ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo demás, la garantía de la publicidad procesal no es, obviamente, la solución de tal fenómeno criminal, pero es parte importante de la solución.

5.2. PUBLICIDAD DE LOS PROCESOS JUDICIALES POR RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En el apartado anterior se concluyó, en base a la doctrina autorizada, nacional e internacional, que la falta de transparencia de la actuación jurisdiccional es fuente de corrupción. No debemos perder de vista que el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente, por ende en tanto el poder jurisdiccional actúa sin el control público, entonces, siempre está latente los actos de corrupción en lo senos del Poder Judicial.

La situación histórica descrita justifica las razones por las cuales el Congreso Constituyente de 1993 incluyó —o, por lo menos, continuó la práctica de la Constitución de 1979— a la publicidad como una garantía constitucional del proceso penal. De este modo, el inciso 4) del artículo 139 de la constitución establece que la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Párrafo siguiente establece que:

> **Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos**, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, **son siempre públicos**" (el resaltado es nuestro).

En esta investigación solo nos interesa destacar la publicidad del proceso penal. Nuestro objetivo no alcanza a otros procesos como el civil, constitucional, etc.

Ahora, previo a atribuir el sentido interpretativo al texto constitucional, conviene analizar dos aspectos. En primer lugar, es preciso responder a la siguiente pregunta: los procesos por responsabilidad de funcionarios públicos son siempre públicos, ¿significa que puede ser de conocimiento público las actuaciones a nivel de investigación preparatoria? CLAUDIA DOIG responde a esta pregunta y considera que debe interpretarse el texto constitucional en el sentido de que la publicidad del proceso penal se traslada al juicio oral, mientras que la fase previa es reservada. Entender en sentido contrario, sostiene DOIG, supondría poner en peligro los fines que persigue la investigación (2014). Y por ende, vaciar de contenido material del artículo 43º de la Constitución de la Política de 1993, que establece que el Estado tiene el deber de defender a la sociedad de las amenazas contra seguridad; es decir, el Estado debe garantizar la persecución eficiente del delito y que las investigaciones de delito cumplan su finalidad.

La finalidad de la investigación del delito es ejercitar la acción penal, en este sentido la investigación preparatoria tiene como finalidad recopilar elementos

de convicción que corroboren la comisión del hecho delictivo y la intervención de los responsables y, además, permite recabar elementos de descargo que confirmen la presunción de inocencia del imputad (artículo 65 y 321 del Código Procesal Penal de 2004).

En segundo lugar, del texto constitucional se puede extraer que la regla en el proceso penal es la publicidad, salvo disposición contraria de la Ley. Sin embargo, la excepción a esta excepción ―por así decirlo― es que la publicidad siempre es público en los procesos por responsabilidad de los funcionarios públicos; por ende, ninguna disposición normativa puede prohibir, restringir o limitar aquella disposición constitucional.

De tal modo, en el inciso 1) del artículo 357º se realiza un desarrollo legislativo de las restricciones de la publicidad en el juicio oral, siempre que el juzgador los motive debidamente en los siguientes casos:

a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio;

b) Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional;

c) Cuando se afecte los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia;

d) Cuando esté previsto en una norma específica;

Aun en los supuestos en los que el juez puede disponer la restricción la

publicidad de los juicios orales para preservar intereses públicos y/o privados relevantes constitucionalmente; se incide en el inciso 4) que los juicios sobre funcionarios públicos son siempre públicos.

Por lo tanto, de los dos aspectos desarrollados podemos afirmar que la publicidad del proceso penal se centra fundamentalmente en el juicio oral, mientras que la fase de investigación preparatoria de desarrolla en reserva a efecto de garantizar la eficiencia de la investigación del delito. Y de otro lado, la publicidad de los procesos penales por responsabilidad de los funcionarios públicos son siempre públicos, implica que las actuaciones de los órganos fiscales o jurisdicciones deben ser de conocimiento público, en la medida que no suponga poner en riesgo los intereses públicos (eficiencia de la persecución penal) o privados (intimidad personal).

Debemos precisar, finalmente, de acuerdo al texto constitucional y a su contexto, que "los procesos penales por responsabilidad de los funcionarios públicos" se refieren a los casos en los cuales se atribuye a un funcionario o servidor público delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas encomendados por elección popular o por mandato legal. Dado el interés público que genera la actuación del funcionario público sometido a un proceso penal resulta legítimo el interés de la ciudadanía en conocer el desarrollo de la actuación procesal. La satisfacción de los derechos de los ciudadanos de presenciar o de acceder a la actuación procesal debe ponderarse siempre con la reserva de la investigación preparatoria, que busca la eficiencia de la persecución penal.

5.3. ANTINOMIA NORMATIVA: PUBLICIDAD DEL PROCESO PENAL POR RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS VS RESERVA DE LA AUDIENCIA ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

Para presupuesto para determinar la existencia de una antinomia jurídica es que sea resultado de una interpretación jurídica. Por ello, conforme a lo expuesto en líneas precedentes se puede establecer que existe incompatibilidad entre una disposición legal y una disposición constitucional:

Disposición legal: la audiencia del Proceso Especial de Terminación Anticipada es privada, debido a la relativa publicidad de la investigación preparatoria y constituye uno de los efectos benéficos desde la perspectiva del imputado, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Disposición constitucional: los procesos penales por responsabilidad de los funcionarios públicos son siempre público, conforme al principio de publicidad de los actos del poder estatal y la proscripción de la corrupción. De este modo, la Constitución proscribe toda forma de reserva en el proceso penal contra funcionarios públicos, alejados del control público.

Queda establecido que los procesos por responsabilidad de los funcionarios públicos, según la Constitución Política de 1993, son siempre públicos; sin embargo, en el artículo 468º del Código Procesal Penal de 2004 se establece que: "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" (el resaltado es nuestro).

El Proceso Especial de Terminación Anticipada, como se ha señalado, constituye la máxima expresión de la justicia penal consensual. En este sentido, se ha diseñado su estructura como un proceso especial que goza de autonomía procesal. Tiene reglas especiales y son aplicables las reglas del proceso común, en las medida que no lo desnaturalice su esencia.

En el reciente Pleno Jurisdiccional Nº 5-2009/CJ-116 se ha expuesto dos razones que justifican el carácter privado de la audiencia. El primero, se sustenta en la relativa publicidad de la investigación preparatoria y el segundo, 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. [8º Fundamento Jurídico].

El primero argumento no es del todo cierto. Sostener que el carácter privado de la audiencia de la TAP se debe a que éste se desarrolla en la fase de investigación sería puro formalismo legal. Cuando el fiscal, el imputado [con su abogado defensor] o ambos presentan la solicitud de la aplicación de la terminación anticipada del proceso [siempre que no haya oposición] — es porque la investigación ha concluido, no por la preclusión del plazo legal establecido en el artículo 342º del CPP[99] sino por haber cumplido el objeto de la investigación[100],

[99] El cual prescribe: "1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. 2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria…"

ya que —debe recordarse— es una condición necesaria para la aplicación de este proceso especial que existen suficientes elementos de convicción que confirme la responsabilidad del imputado frente al hecho típico que se le atribuye así como la existencia del mismo.

Por tanto, sustancialmente no estamos dentro de la fase de la investigación preparatoria, asumir lo contrario, supondría —en caso de no prosperar la solicitud conjunta o individual— que la Investigación Preparatoria continúe, esto es, que exista la posibilidad de que se realice otros actos de investigación de los ya realizados. Si esto fuera así, entonces simplemente se confirmaría que la aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada vulnera un derecho fundamental, el de la presunción de inocencia[101]; lo cual, no es correcto, por cuanto se exige en el artículo 468º, inciso 6] que para la aprobación del acuerdo se requiere mínimamente que existan suficientes elementos de convicción[102]

Ahora bien, como segundo punto tenemos que la audiencia privada constituye un beneficio adicional al imputado. Cubas Villanueva, refiere que en el

---

[100] El inciso 1] del artículo 321º del CPP establece que: "La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado."

[101] Así el artículo 2º, inciso 24, literal 2] de la Constitución Política del Estado, prescribe que: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

De igual forma, en el artículo II, inciso 1] del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 se ha establecido como un principio rector que: "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales..."

[102] Debemos entender por elementos de convicción —siguiendo a Mixán Máss— los conocimientos específicos que aporta los medios de convicción sobre el objeto de investigación; lo cual servirán de fundamento al Fiscal para afirmar, si fuera el caso, que lo investigado constituye delito, que el imputado es responsable sea como autor o partícipe, que existe razón por la que debe pedir juzgamiento. [MIXAN, 2005, pp. 210 y ss.]

Proceso Especial de Terminación Anticipada: […] el inculpado al llegar a un acuerdo con el Fiscal sobre las circunstancias del delito y la pena a aplicarse, renuncia su derecho a defenderse en juicio oral, a cambio de una disminución de pena e incluso de una sustitución de la pena privativa de libertad por otra". [Cubas, 2009, p. 426]

Cuando el imputado renuncia a defender en el juicio oral, podríamos entenderse que con ello renuncia a las garantías que comporta el juicio oral, entre ellos, la contradicción, inmediación, y publicidad. No obstante, la publicidad como garantía no es un derecho disponible, por cuanto importa o encarna otros valores que trasciende a la esfera del imputado.

En este sentido, no podemos admitir que uno de los efectos benéficos de este proceso especial para el imputado es que su caso no se ventile públicamente, esto es, "evita los efectos negativos [estigmatización] de la publicidad del juzgamiento." [Salés, 2008, p. 27]. En primer lugar, porque en la audiencia de Terminación Anticipada —conforme prescribe el artículo 468º inciso 4, *in fine*— no está permitida la actuación de pruebas y, en segundo lugar, la actuación de pruebas como esencia del juzgamiento, no sería tal. Sólo es una audiencia en el que el Fiscal tendrá que exponer al Juez de Investigación Preparatoria los motivos, las razones, por las que han llegado al acuerdo provisional presentado, nada más que eso.

La publicidad como garantía constitucional no debe entenderse como un acto negativo, denigrante a la dignidad humana o cuando se trate de la seguridad nacional sino como un control de la sociedad que legitime sustancialmente la decisión tomada por el órgano jurisdiccional, además, ello supondría democratizar

el proceso penal en todas sus dimensiones. Con razón se afirma, "la lucha por la efectividad de la transparencia, 'materia prima del poder democrático'". [Flores, 2004, p. 35; citado por Andrés, 2007, p. 256]; y que, por el contrario, el secreto es el escudo más fuerte de la tiranía". [Beccaria, 1988, p. 51]

En consecuencia, ni la primera ni la segunda son fundamentos sólidos para restringir la publicidad de la audiencia en el que se desarrolla la fase principal del Proceso Especial de Terminación Anticipada; por tanto, si bien el carácter privado de la audiencia está regulado expresamente en el Código Penal de 2004, no obstante su validez[103] no debe responder únicamente a su simple vigencia sino a la coherencia con los principios y garantías constitucionales.

De lo expuesto, se concluye que existe antinomia normativa entre el sentido interpretativo de que la publicidad de los procesos por responsabilidad de los funcionarios público son siempre públicos, previsto en el artículo 139º.4 de la Constitución Política de 1993; y con lo prevista en el artículo 468º.1 del Código Procesal Penal de 2004, respecto de la reserva de la audiencia del Proceso Especial de Terminación Anticipada.

5.4. CRITERIOS DE SOLUCIÓN:

La situación descrita, revela la existencia de incompatibilidad entre la disposición constitucional con una norma con rango de ley, no de forma pero si de contenido material. Frente a esta situación la doctrina y la jurisprudencia nacional, tal como se ha desarrollado en el marco teórico, propone solucionar el problema

[103] Al respecto, FERRAJOLI, Luigi sostiene que: "…en un Estado Constitucional de Derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de las leyes que él produce no son válidas sólo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales". [Véase 2007, pp. 13 y ss.]

aplicando diversos criterios.

En este caso, y de acuerdo a la naturaleza de disposiciones normativas incompatibles, corresponde aplicar el principio de jerarquía, según la cual, la disposición constitucional (de mayor jerarquía) prevalece sobre la disposición legal.

Ahora, conforme a nuestro ordenamiento nacional existen dos opciones para declarar la inconstitucionalidad de la ley o, por lo menos inaplicar la disposición legal: el proceso de inconstitucionalidad o el control difuso. No resulta procedente optar por el proceso de inconstitucionalidad, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 100° del Código Procesal Constitucional[104] ha transcurrido más de seis años (plazo prescriptorio) desde que entró en vigencia el artículo 468° del Código Procesal Penal (año 2006).

Por lo tanto, es viable optar por el control difuso, aunque solamente se inaplicaría los efectos de la incompatibilidad de las normas en un caso en concreto, con consecuencias jurídicas *inter partes*. Y no de obligatorio cumplimiento para todos los órganos de la República.

La Corte Suprema de la República, al respecto, ha establecido criterio que deben seguir todos los jueces para aplicar el control difuso. De este modo, en el Primer Pleno en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo, aprobado por Resolución Administrativa Nº 440-2015-P-PJ, publicado el 2 de enero de

[104] **Artículo 100.- Plazo prescriptorio.** La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

2016, señala lo siguiente:

(1) Fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta.

En primer lugar, corresponde al juez (i) identificar la norma jurídica (legal o infralegal) objeto de controversia y (ii) justificar argumentativamente la incompatibilidad constitucional (sea material o formal) de dicha norma, pero vinculada de manera indesligable con el caso bajo su conocimiento. El examen del juez respecto de la norma no puede ser realizado en abstracto, sino que la invocación de inconstitucionalidad presunta debe ser

probado con ocasión del caso sometido a su competencia.

(2) Juicio de relevancia. En segundo lugar, corresponde ahora al juez demostrar, también argumentativamente, que la norma identificada, y que ha invocado como inconstitucional al caso concreto, resulta ser, exclusiva y excluyentemente, aquella que debe aplicar (y no otra) para resolver la controversia sometida a su conocimiento.

(3) Examen de convencionalidad. En tercer lugar, el juez deberá observar si aquella norma objeto de cuestionamiento resulta compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con los demás tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

(4) Presunción de constitucionalidad. En cuarto término, superado el examen de convencionalidad, el juez deberá aplicar el criterio de presunción de constitucionalidad. Es decir, tendrá que observar si respecto

de la norma objeto de cuestionamiento (y cuya inaplicación concreta se persigue) ya se ha pronunciado en Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad o la Corte Suprema de Justicia en un proceso de acción popular, sea que se trate de una norma legal o una norma reglamentaria, respectivamente. En otros términos, no podrá aplicarse el control difuso de constitucionalidad normativa si la autoridad competente (sea Tribunal Constitucional o Corte Suprema de Justicia) ya ha confirmado la constitucionalidad de dicha norma jurídica.

(5) Interpretación conforme. Por último, si seguidos todos los pasos anteriores, la norma cuestionada no ha sido objeto de pronunciamiento en sus alcances por los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, ni de modo directo en un proceso de inconstitucionalidad o de acción popular, entonces corresponde finalmente al juez buscar, del modo más riguroso posible, aquel sentido interpretativo que torne compatible dicha norma jurídica con la Constitución. Y así, solo en el caso de que ello no fuese posible, corresponderá entonces ejercer la potestad-deber de control difuso e inaplicar para el caso concreto la norma que resolvería la controversia.

Los criterios antes señalados han sido ratificado en la Consulta Exp. Nª 1618-2016 LIMA NORTE, publicado el 7 de diciembre de 2017:

i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la

Constitución; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.

ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular.

iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la ultima ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.

iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular10, por lo que es

exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fi n perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fi n), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

Es particularmente interesante el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Suprema de la República para aplicar de manera racional el control difuso, toda vez la complejidad de algunos casos en concreto podría suponer la valoración abstracta de una ley, lo cual está vedado para los jueces ordinarios. El control abstracto de constitucionalidad de las normas corresponde realizarlos al Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1) En el marco de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, el Bueno Gobierno es una exigencia del Estado peruano, sustentado en prácticas institucionales de transparencia, integridad pública, acceso a la información pública y participación ciudadana. Los ciudadanos, así, se convierten en eje central de la administración pública en general y, de la administración de justicia en particular, que tiene por objetivo primordial el uso razonable de los recursos públicos, pero también haciendo transparente las decisiones que adopten sobre ellos.

2) La corrupción constituye un problema central de la sociedad, por ello urge adoptar todas las medidas para combatir su impunidad. Una de ellas implica transparentar el ejercicio del poder público y someterlo al escrutinio público. La publicidad de los procesos penales, de este modo, se convierte en un mecanismo para prevenir los actos de corrupción en el seno de los órganos

que conforman el sistema de justicia, sobre todo si estamos ante procesos penales contra funcionarios públicos por delitos de corrupción.

3) La publicidad del proceso penal, consagrada en el artículo 139.4 de la Constitución Política de 1993 constituye una garantía procesal, que tiene por objetivo proteger a las partes de una justicia sustraída del control público y de legitimar democráticamente la administración de justicia, a través del escrutinio público del ejercicio del poder jurisdiccional y fiscal.

4) En el Pleno Jurisdiccional Nº 5-2009/CJ-116 se ha expuesto dos razones que justifican el carácter privado de la audiencia. El primero, se sustenta en la relativa publicidad de la investigación preparatoria y el segundo, 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. Sin embargo, estos argumentos responden a criterios puramente formales, de mod que distorsiona los fines que persigue el Proceso Especial de Terminación Anticipada

5) Existe incompatibilidad entre las normas que se desprenden del art. 468 del CPP del 2004, según el cual la audiencia especial del Proceso Especial de Terminación Anticipada se realiza en privado, sin diferenciar si se trata de un funcionario público o no, y del artículo 139º inciso 4 de la Constitución, que establece que los procesos por responsabilidad de los funcionarios públicos

son siempre públicos. La incompatibilidad se resuelve, en base al principio jerárquico, según el cual disposición constitucional debe prevalecer respecto de la norma de inferior jerarquía.

6) Existen dos alternativas para declarar inválida la ley o, por lo menos para inaplicar la disposición legal: el control difuso o la modificación legislativa. Resulta más idóneo, para los fines de nuestra investigación, optar por la propuesta de modificación legislativa, puesto que permitiría derogar la norma incompatible con la Constitución. Sin embargo, si se optara por el control difuso, solamente se inaplicaría los efectos de la incompatibilidad de la norma en un caso en concreto, con consecuencias jurídicas inter partes y no de obligatorio cumplimiento para todos los órganos de la República.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

Realizar una propuesta *lege ferenda* del artículo 468º inciso 1 del CPP de 2004, dado su incompatibilidad con el artículo 139 inciso 4 de la Constitución, el cual deberá quedar redactado en los siguientes términos:

> *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, a excepción de l**os procesos por responsabilidad de funcionarios públicos. Estos proceso se realizarán siempre en audiencia pública, de acuerdo al artículo 139º inciso 4 de la Constitución Política del Estado".** La celebración de la audiencia no impide la continuación del proceso.*

CAPÍTULO

BIBLIOGRAFÍA

ARENILLA SÁENZ, Manuel

2014 "Bueno Gobierno. Infracciones". En WENCES, Isabel y otros. La Ley de Transparencia, *Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 83 – 105.

BOBBIO, Norberto

1988b "Democracia y secreto". Traducción de Ariella Aureli y José F. Fernández Santillán. En BOBBIO, Norberto. *Democracia y Secreto.* México D.F.: Fondo Editorial Económica, 2013, pp. 27-43

1986a El futuro de la democracia. México D.F.: Fondo Editorial Económica

1980b "El poder invisible". Traducción de Ariella Aureli y José F. Fernández Santillán. En BOBBIO, Norberto. *Democracia y Secreto.* México D.F.: Fondo Editorial Económica, 2013, pp. 19-22

CANALES ALIENDE, José – Manuel

1995 "El servicio pública de la justicia: actualidad y perspectivas". *Política y Sociedad. Democracia en España.* Madrid, 1995, 20, pp. 63-70

http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/issue/view/POSO959533

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MOGUIÓ, José María

2017 El derecho al acceso a la información público en España. Pamplona: Thomson Reuters y Aranzadi

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

2013 Decreto Supremo Nº 004-2013-PCM, aprueba la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública. Lima: 8 de enero de 2013.

2012 Decreto Supremo Nº 119-2012-PCM, aprueba el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016. Lima: 9 de diciembre de 2012

QUIROZ W, Alfonso

2013 Historia de la corrupción en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruano e IDL

WENCES, Isabel y otros (coordinadores)

2014 "Introducción académica". En WENCES, Isabel y otros. La Ley de Transparencia, *Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. xiii – xxxi.

PODER JUDICIAL Y OTROS

2016 *Acuerdo Nacional por la Justicia.* Lima, 6 de noviembre de 2016

https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/11/ARCHIVO_ACUERDO-NACIONAL-POR-LA-JUSTICIA_2016.pdf

ALSINA, Hugo

2003 *Series clásico de la teoría general del proceso. Fundamentos de derecho procesal.* Volumen cuatro. México: Editorial jurídica universitaria.

AGUADO CORREA, Teresa

2010 “El principio de proporcionalidad en el Derecho penal peruano”. En Carbonell y Grández 2010: 256-296.

AGUILAR CARDOSO, Luis Enrique; Jean Carlo HUÁROC PORTOCARRERO y Luis Eduardo PÉREZ-ALBELA PIGHI.

2005 *Probidad y transparencia en los países andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo

2004 *Introducción al estudio del Derecho procesal. Primera parte*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

2004 *Debido proceso versus prueba de oficio*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

AMBOS, Kai

2010 *Fundamentos y ensayos críticos del Derecho Penal y Procesal Penal*. Primera Edición. Lima: Palestra editores.

AMBOS, Kai y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (compiladores)

2005 *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de Derecho comparado.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARMENTA DEU, Teresa

1995 *El principio acusatorio y Derecho penal.* Barcelona: José Mª Bosch. Editor, S.A.

2003 *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

ARGUEDAS ALTAMIRANO, José María

2011 [1939] *El Sexto*. Lima: Editorial Horizonte.

ASENCIO MELLADO, José María

2008 *Sistema acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal. Lineamientos fundamentales de dogmática procesal penal aplicable al nuevo procesal penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), Fondo Editorial

AVANTO VÁSQUEZ, Manuel A.

2005 "La lucha contra la corrupción en el mundo globalizado". *Revista de Ciencia Penales*, número 16, pp. 19-64.

BARNES VÁSQUEZ, Javier

1994 "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario". *Revista de administración pública*. Madrid, número 135, pp. 495-538.

BARONA VILAR, Silvia

2004 «Justicia penal y la celeridad: luces y sombras. *Anuario de Derecho Penal: La reforma del proceso penal peruano*. Lima, 2004, pp. 69-100.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

2005 «Los caminos a la reforma constitucional en el Perú». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 2005, número 20051, volumen 1, pp. 157-173. Consulta: 27 de agosto de 2010.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr9.pdf>

BERNAL PULIDO, Carlos

2007 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2005 *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

2003 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BINDER, Alberto M.

2006 «Corrupción y sistema judicial». *Revista de Sistemas Judiciales.* Buenos Aires, número 11, pp. 18-21. Consulta: 23 de octubre de 2010

<http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/revpdf/37.pdf>

2003 “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*. San José, año 15, número 23, pp. 1-33. Consulta: 09 de julio de 2010

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/La%20fuerza%20de%20la%20inquisici%C3%B3n%20y%20la%20debilidad%20de%20la%20rep%C3%BAblica%20-%20Alberto%20Binder.pdf>

2002 *Iniciación al proceso penal acusatorio. (Para auxiliares de la justicia)*. Lima: Editorial Alternativas S.R.L. y el Instituto Comparado en Ciencias Penales y Sociales –INECIP.

1999a *Introducción al Derecho procesal penal*. Segunda edición. Buenos Aires: Ad-Hoc.

1999b “Entre la democracia y la exclusión: lucha por la legalidad en una sociedad desigual”. *REALIDAD. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. San Salvador, número 72, pp. 673-688. Consulta: 09 de julio de 2010

<http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4db82d3c41a5aentreladem ocracia.pdf>

BOTERO CARDONA, Martín Eduardo

2009 *El sistema procesal penal acusatorio. El justo proceso. Estructura y funcionamiento. Prospectiva de Italia para América Latina*. Lima: Ediciones Jurídicas Abelardo Flores L./Ara Editores E.I.R.L.

BOVINO, Alberto

2005 *Principio político del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.

BURGOS MARIÑOS, Víctor

2008 «El nuevo Código procesal penal: realidad o ficción”. *Sitio de “derechopenal”*. Friburgo: Université de Fribourg/Département de droit pénal. Consultado: el 01 de enero de 2010.

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080804_02.pdf

>

2004 «Principios rectores del nuevo Código procesal penal peruano». En Cubas, Doig y Quispe 2005: 44-87.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1984 *Introducción al Derecho penal*. Bogotá: Temis

CALDERÓN CEREZO, A. Y J.A. CHOCLÁN MONTALVO

2002 *Derecho procesal penal. Adoptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judiciales y Fiscal.* Madrid: Editorial Dynkinson.

CARBONELL, Miguel y Pedro P. GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores)

2010 *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

CATACORA GONZÁLES, Manuel S.

1996 *Manual de Derecho procesal penal*. Lima: Editorial Rodhas.

CIANCIARDO, Juan

2004 *El principio de razonabilidad. Del debido procesal sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

COMISIÓN DE JURISTAS INTERNACIONALES

1994 *Informe de la Comisión de Juristas Internacionales. Sobre la administración de justicia en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL)

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS

1994 *Democracia, derechos humanos y la administración de justicia en la región andina.* Lima: Comisión Andina de Juristas.

COMISIÓN ESPECIAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

2005 *Plan de implementación del Código procesal penal*. Lima. Consultado: 10 de agosto de 2010

<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/documentos/PlanImpltAprob.pdf>

CONCEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHO HUMANOS

2009 *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*. Monterrey: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (EGAP).

CONSORCIO JUSTICIA VIVA

2003 *Comentario a los informes de la Comisión de Reestructuración.* Lima: Instituto de Defensa Legal/Pontifica Universidad Católica del Perú. Facultad y Departamento de Derecho/ Jueces para la Justicia y Democracia.

COFFEY, Michael

2006 *Días de infamia. Grandes errores militares de la Segunda Guerra Mundial*. Traducido por Xavier SANMARTÍ. Barcelona: Salvat Editores S.A./Comunicación y Publicaciones S.A.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor

2009 *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Primera edición. Lima: Palestra Editores S.A.C.

2004 *El nuevo Código procesal: ¿revolución penal?* Lima: Justicia Viva [Instituto de Defensa Legal/Facultad y Departamento de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú]

2003 *El proceso penal. Teoría y práctica*. Quinta edición. Lima: Palestra Editores.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor y Yolanda DOIG DÍAZ y Fany Soledad QUISPE FARFÁN (coordinadores)

2005 *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Lima: Palestra

editores.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí

2006 «Garantismo expansivo y garantismo moderado para situaciones de precariedad estatal. Papel de la Corte Constitucional colombiana en la protección de garantías penales». En Sotomayor 2006: 159-180.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.

1960 *Tratado de Derecho procesal penal. Nociones Fundamentales.* Tomo I. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores.

CLÉRICO, Laura

2009 *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/Eudeba.

CORDERO, Franco

2000 *Procedimiento penal.* Tomo I. Traducido por Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

DEL VECCHIO, Giorgio

1956 *Sociedad y Estado*. En Ferrero 2003: 108-110.

19. El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional aclaraciones conceptuales necesarias

DEL RÍO FERRETTI, Carlos

2008 «El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias». *Revista chilena de Derecho.* Santiago, 2008, volumen 35, número 1, pp. 157-182. Consultado: el 04 de abril de 2009.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596324>

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

2002 *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Tercera edición. Buenos Aires: Editorial Universidad.

DINAMARCO, Cândido Rangel

2009 *La instrumentalidad del proceso*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Librería Comunitas EIRL.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José

1999 *¿Qué hacer con el sistema judicial?* Lima: Agenda-Perú

HASSEMER, Winfried

1988 «La persecución penal: legalidad y oportunidad». Traducción Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares. *Jueces para la democracia*. Madrid, 1988, número 4, págs. 8-11. Consultado: 15 de setiembre de 2009.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530062>

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés

2006 "Garantismo y proceso penal". En Sotomayor 2006: 155-138.

INSTITUTO DE OPINIÓN PÚBLICA/PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

2010 "Corrupción nuestra de cada día". *Estado de la opinión pública*. Lima. Año V. Consulta: 10 de enero de 2011

<http://iop.pucp.edu.pe/images/documentos/2010%20Corrupción%20-%20Mayo.pdf >

LANDA ARROYO, César

2006a «Interpretación constitucional y Derecho penal». En Tribunal Constitucional. *Jurisprudencia y doctrinal penal constitucional*. *Segundo seminario*. Lima: Palestra Editores, pp. 263-288.

2006b *Constitución y fuentes del Derecho. Derecho, jurisdicción y democracia*. Lima: Palestra Editores.

LEAN ESTENÓS, Percy Mac

1946 *El proceso penal en el Derecho comparado*. Buenos Aires: Librería Jurídica

LEVENE, Ricardo (h)

1967 *Manual de Derecho procesal penal. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina

LOPERA MEZA, Gloria Patricia

2010 "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales". En Carbonell y Grández 2010: 157-187

MACLEAN U., Roberto G.

2008 *Corrupción, justicia y violencia. Tres culturas que compiten en la conciencia del habitante común, en tiempos de escepticismo, indiferencia y miedo.* Lima: Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas.

2005 *Una justicia para el habitante común.* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

2004 Reformar la justicia: ¿de qué se trata? En Pásara 2004: 23-85.

MAIER, Julio B.J.

2008 *Antología. El proceso penal contemporáneo.* Lima: Palestra Editores.

1996 *Derecho procesal penal. Fundamentos.* Tomo I. Primera edición. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

MAIER, Julio B.J., AMBOS, Kai y Joan WOISCHNIK

2000 *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel et ál.

2002 *Constitución Española. Con la doctrina más relevante del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y Tratados Internacionales suscrito por España*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Colex 2000.

MAZZARESE, Tecla (editora)

2011 *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*. Lima: Ara Editores.

MERCEDES ALLIAUD, Alejandra

2001 "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución". En HENDLER, Edmundo S. (compilador). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., pp. 211-236

MAURICIO, Duce

s/f "El ministerio público en la reforma procesal penal de América Latina: visión general acerca del Estado de los cambios". En INSTITUTO DE CIENCIA PROCESAL PENAL. *Selección de lecturas*. s/l, pp. 71-98

MIXÁN MASS, Florencio

1990 *Derecho procesal penal*. Tomo I. Lima: Marsol Perú Editores.

MILLA BATRES, Carlos (editor)

2001 *Cómo Fujimori jodió al Perú*. Lima: Editorial Milla Batres.

MONTERO AROCA, Juan

2000 *El Derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tiran Lo Blanch.

1997 *Los principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tiran Lo Blanch.

MONTERO AROCA, Juan et ál.

2010 *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Decimoctava edición. Valencia: Tiran lo Blanch.

MONTOYA VIVANCO, Iván

1997 *Poder judicial y estado democrático de derecho.* Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL)

MUÑOZ CONDE, Francisco

1985 *Derecho penal y control social*. Andalucía: Fundación Universitaria de

Jerez

NEYRA FLORES, José Antonio

2007 “Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal”. En ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Código Procesal Penal, manuales operativos. Normas para su implementación*. Lima: Editorial Súper Gráfica E.I.R.L.

NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN

2002 *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

FAYT, Carlos S.

1982a *Teoría del Estado*. En Ferrero: 2003: 36-47.

1982b *El poder*. En Ferrero 2003: 85-91.

1966 *Teoría de la política*. Segunda edición. Buenos aires: Abelardo-Perrot

FERRAJOLI, Luigi

2007 «Derecho penal y Estado de Derecho». Traducción de Nicolás Guzmán. *Gaceta Penal y Procesal penal*. Lima, año 2011, tomo 20, pp. 35-46.

2006a «Garantías y Derecho penal». Traducción de Marina Gascón Abellán. En Sotomayor 2006: 03-12.

2006b «Jurisdicción y democracia». Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. En Sotomayor 2006: 125-137

1995 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez et ál. Madrid: Editorial Trotta.

FERRERO COSTA, Raúl (compilador)

2003 *Teoría del Estado. Materiales de enseñanza*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima/Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

FIERO-MÉNDEZ, Heliodoro

2006 *Sistema procesal penal de EE.UU. Guía elemental para su comprensión*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

2004 *El Poder Judicial en la encrucijada.* Lima: Ara editores.

GARCÍA TOMA, Víctor

1999 *Teoría del Estado y Derecho constitucional.* Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

GOLDSCHMIDT, James

2010 [1935] *Derecho, Derecho penal y proceso. Problemas fundamentales del Derecho*. Tomo I. Editado por Jacobo López Barja De Quiroga. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

2003 [1938] *Serie clásico de la teoría general del proceso. Principios generales del proceso*. Volumen I. México: Editorial Jurídica Universitaria

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis

1999 *El proceso penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales.* Lima: palestra editores.

s/f «Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad». Consultado: el 10 de diciembre de 2010.

<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL76.pdf>

GONZÁLES, Joaquín

2000 *La corrupción y justicia democrática.* Madrid: Clamores.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel

1998 "La oralidad como facilitadora de los fines del proceso penal y garantías del proceso penal". En INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS/INSTITUTO DE MEXICANO DE DERECHO PROCESAL. *XV Congreso mexicano de Derecho procesal*. México: Universidad Autónoma de México, pp. 639-370. Consultado: el 02 de enero de 2011

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/32.pdf>

GONZÁLEZ, Samuel; Ernesta MENDIETA; Edgardoy BUSCAGLIA y Moisés MORENO.

2006 *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*. Segunda edición. México D.F.: Editorial Fontamara.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José

1997 *Derecho Constitucional.* Barcelona: J.M. Bosch Editor

GÖSSEL, Karl-Heinz

2004 *El proceso penal ante el Estado de derecho. Estudio sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Traducción de Miguel Polaino Navarrete. Lima: Grijley.

GUZMÁN FERRER, Fernando

1982 *Código de Procedimiento Penales*. Octava edición. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P.

2010 «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano». En Carbonell y Grández 2010: 337-376.

ORÉ GUARDIA, Arsenio.

2011a *E hábeas corpus. Temas y propuestas de modificación en el Código Procesal Constitucional*. Lima: Editorial Reforma.

2011b *El modelo del Código Procesal Penal de 2004*. Inédito.

1999 *Manual de Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Lima: Editorial Alternativas S.R.L.

ORÉ GUARDIA, Arsenio y Liza RAMOS DÁVILA

2007 «El nuevo proceso penal: breves notas a partir del enfoque económico». Instituto de Ciencia Procesal Penal. Consultado: 18 de setiembre de 2009.

<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=43>

ORGANISMO DE LAS NACIONES UNIDADES

1992 *Proyecto de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidades para la Administración de Justicia Penal*. Palma de Mallorca. Consultado: 10 de enero de 2010

<http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>

PAILLAS, Enrique

1984 *Derecho procesal penal*. Volumen I. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

PALACIOS MEJÍA, Hugo

1982 "¿Qué es el Estado?". En FERRERO: 2003

PALOMINO MANCHEGO, José F. y Gerardo ETO CRUZ

2002 "Principios, derechos y garantías: problemas escogidos". En PALOMINO MANCHEGO, José F. y José Carlos REMOTII CARBONELL (Coordinadores) *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. (Libro Homenaje de Germán J. Bidart Campos)* Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitución (Sección Peruana).

PÁSARA, Luis (compilador)

2004 *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto

2000 *Derecho procesal penal. Principios de Derecho procesal penal.* Tomo I. Madrid: Editorial Colex 2000

PEÑA CABRERA, Raúl

1997 *Procesos Penales Especiales. Nuevas Tendencias en el Proceso Penal Peruano*. Primera edición. Lima: Editorial San Marcos

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso

2009 *El nuevo proceso penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica

PEPINO, Livio

2003 «Breve aproximación al sistema procesal penal italiano». Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. *Jueces para la democracia*. Madrid, número 48, pp. 97-102. Consulta: 14 de abril de 2011.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758345>.

PERELLO DOMENECH, Isabel

1997 «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional». *Jueces para la democracia.* Madrid, número 28, pp. 69-75. Consultado: el 03 de marzo de 2011.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174691>

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús et ál.

2009 *Derecho procesal penal*. Pamplona: Thomson Reuters.

PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo

2005 *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Bogotá: Temis S.A.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando

2005 «Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del "ius puniendi" y su renuncia». *Derecho Penal y Criminología*. Colombia, 2005, volumen 26, número 78, pp. 53-86. Consultado: 04 de enero de 2010.

<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/view/1014/958>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2001 *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésima segunda edición. Consulta: 10 de agosto de 2011

<http://buscon.rae.es>

REYNA ALFARO, Luis Miguel

2009 *La Terminación Anticipada en el nuevo Código procesal penal*. Primera edición. Lima: Jurista Editores.

REYNA ALFARO, Luis Miguel; Gustavo A. AROCENA y David CIENFUEGOS SALGADO.

2007 *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Lima: Jurista Editores.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás

2004 «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción». En RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS (coordinadores). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, pp. 241-275

2000 «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción». En FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coordinador). *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Radio Legis, pp. 73-78

ROSAS YATACO, Jorge

2009 *Manual de Derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal.* Lima: Jurista Editores.

ROXIN, Claus

2004 *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*. Traducción de Óscar Julián Guerrero Peralta. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

RUBIO CORREA, Marcial

2011 *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2010 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*.

Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2008 *El título preliminar del Código Civil*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1983 *Para conocer la Constitución peruana*. Lima: Mesa redonda editores.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio

2005 «Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal. Apuntes preliminares». En Cubas Villanueva, Doig Díaz y Quispe Farfán 2005: 11-41

2004 "La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas". *Anuario de Derecho Penal. La reforma del proceso penal peruano*. Lima, pp. 27-68

2003 *Derecho procesal penal*. Volumen I. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.

2000 "Informe nacional de la reforma procesal penal peruana". En Maier, Ambos y Woischnik 2000: 657-718.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

2001 *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición. Madrid: Civitas.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (coordinador)

2006 *Garantismo y Derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

SCHÖBOHM Horst y Norbert LÖSING

1996 *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer CIEDLA. Centro de Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano.

SCHÜNEMANN, Bernd

2004 "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global". En Reyna, Arocena y Cienfuegos 2007:

193-256.

TARUFFO, Michele

1999 “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. Traducción de Mercedes Fernández López. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, 1999, número 22, pp. 311-320. Consulta: 01 de agosto de 2010

http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10305/1/doxa22_13.pdf>

TABOADA PILCO, Giammpol

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”. *Gaceta Penal y Procesal Penal.* Lima, volumen 2, pp. 12-34.

TEDESCO, Ignacio T.

2001 La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. En HENDLER, Edmundo S. (compilador). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., pp. 29-63

TIEDEMANN, Klaus

2003 *Constitución y Derecho penal*. Traducción de Luis Arroyo Zapatero. Lima: Palestra Editores

VARGAS HAYA, Héctor

2005 *Perú: 184 años de corrupción e impunidad.* Lima: Alberto Soler Peña, Antonio de la Puente Uceda Editores.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique

1999 «Criterios económicos de la reforma procesal penal». *Revista Apuntes de Derecho*. Santiago, 1999, número 5, pp. 30-33. Consultado: 28 de agosto de 2010.

<http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investig

aciones/Apuntes_Derecho/apuntes5/Apuntes_Derecho_05_criterios.pdf >

1997 *La reforma de la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal*. Santiago: Facultad de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. Consultado: 01 de mayo de 2010.

<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/jev_rol_estatal.pdf>

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo

2004 *Derecho procesal penal (La realización penal) Tomo I. Concepto generales*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

WIENER FRESCO, Raúl

2011 *Fe de ratas. Historia de corrupción, veinticinco años de política peruana*. Lima.