

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA DENUNCIA PENAL: PROBLEMAS Y ALTERNATIVAS*

ANA MARÍA REVILLA PALACIOS*

Resumen

Las deficiencias en la formulación de la denuncia penal, avaladas por el auto de apertura de instrucción, terminan por conducir a una posterior declaración de nulidad luego de un prolongado proceso, por lo que se hace imperativo que el operador jurisdiccional justifique debidamente su examen y calificación, pues, sin que ello signifique negar la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, le compete al juez realizar el control de legalidad, y en tal sentido, evaluar si en el escrito de promoción de la acción penal se ha realizado una adecuada subsunción de los hechos que identifican al injusto penal imputado, y en su caso, señalar la fundamentación jurídica pertinente, con la limitación de que al hacerlo se evite variar los hechos. Esto contribuirá a eliminar los excesivos costos y la sensación de impunidad generados por las referidas deficiencias técnicas.

Palabras clave: Acción penal - Denuncia penal - Apertura de instrucción - Modelo acusatorio - Calificación jurídica de los hechos - Control de legalidad - *iura novit curia*.

Abstract

The deficiencies in filing a criminal complaint, supported by the order to open investigation, lead to the subsequent annulment of the case after a lengthy process. Therefore, it becomes urgent that the competent authority duly justifies his examination and determinations, which although the Government Attorney General's Office is responsible for criminal prosecution, it is the judge's responsibility to control legality, and in this sense, assessing if the facts identifying the criminal actions are contained in the document containing criminal prosecutions. If so, the pertinent legal grounds should be indicated without changing the facts. This will contribute to eliminate excessive costs and the sensation of unpunishment derived from such technical deficiency flaws.

Key words: Criminal action - Criminal complaint - Order to open investigation - Accusatory model - Legal determination of facts - Control of legality - *iura novit curia*.

Sumario

1. Antecedentes y planteamiento del problema. 2. Algunos datos empíricos: de los operadores judiciales en el distrito judicial de Lima Norte. 3. De la casuística recogida. 4. El enfoque de la doctrina. A. Sobre el principio acusatorio y el proceso penal. B. Sobre el principio *iura novit curia*. 5. A manera de conclusión.

* Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte - Poder Judicial de Perú.

* Artículo reelaborado en base a la ponencia presentada en el Pleno Jurisdiccional en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, 2007.

1. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un problema recurrente en el diario quehacer jurisdiccional está vinculado a la calificación jurídica de la denuncia penal. El espacio donde se proyecta esta situación controvertida es múltiple y comprende tanto al momento de resolver una causa, como al momento de ser vista en la instancia superior o incluso durante la etapa del juicio oral.

Ahora bien, son muchas las interrogantes que podemos plantearnos para describir sus características y trascendencia. Por ejemplo: ¿Qué actitud corresponde asumir a un juez penal cuando el fiscal provincial no ha efectuado una calificación típica adecuada de los hechos denunciados?

Al respecto es posible encontrar hasta tres opciones jurisdiccionales: a) el juez devuelve la denuncia al fiscal sin mayor especificación de causa; b) el juez emite directamente un no ha lugar a la apertura de instrucción por incoherencia interna; y, c) el juez no advierte el error de tipificación y procede a abrir instrucción.

También cabría discutir si el juez penal puede modificar la tipificación fiscal incorporando la que estima correcta; o si es lo procesal declarar no ha lugar por el delito erróneamente denunciado y luego abrir instrucción por aquel delito que se estima realizado; y si cabe aperturar por un delito distinto del propuesto por el Ministerio Público pero que corresponde al mismo sistema de delitos.

Una tercera línea de problematización surgirá en torno a los casos de devolución de denuncias y a la reacción que frente a ello puede desarrollar el fiscal. La experiencia nos muestra también en estas circunstancias un abanico de posibilidades como las que a continuación se enuncian: a) el fiscal subsana el error u omisión y emite una nueva y adecuada calificación jurídica; b) el fiscal se mantiene en su posición y devuelve su denuncia sin modificaciones al juez penal; y, c) el fiscal apela de la devolución judicial argumentando su independencia funcional como titular de la acción penal y de la forma de su ejercicio.

Por último, es igualmente factible indagar por los efectos inmediatos y mediatos que derivaran de cualquiera de las opciones que hemos descrito. En tal sentido, conviene esclarecer qué sucederá cuando el juez penal declare no ha lugar a la apertura de instrucción. O cuando el fiscal apela o se muestra de acuerdo con la calificación sustitutiva hecha por el juez y rubrica el auto apertorio de instrucción.

En definitiva, las implicancias que traerá al desarrollo del proceso una inadecuada calificación de la tipicidad sugerida en la denuncia, al dictarse el auto apertorio de instrucción son igualmente varias y sucesivas. Lo disfuncional puede producirse también en los procesos ordinarios. Al respecto, es de señalar que la praxis nos ha demostrado que una consecuencia de las imprecisiones y defectos que se dan en la denuncia y que son, luego, repetidos o avalados por el auto apertorio, es que con ellos se propicia que tales errores se arrastren durante toda la instrucción y el juzgamiento.

Es así que será probable que la causa se declare posteriormente nula luego de un prolongado proceso. Que tal situación ocasione, fácilmente, la prescripción de la acción penal. Y que este último efecto genere o potencie ante la ciudadanía una grave sensación de impunidad, con el consiguiente desprestigio del Poder Judicial y de sus operadores. Algo similar ocurrirá en los casos donde se aprecie una clara incongruencia entre el auto apertorio y la acusación fiscal, generando con ello un riesgo considerable de que los procesos sean finalmente declarados nulos por la instancia superior o suprema. La misma percepción negativa se dará si la calificación defectuosa provoca la necesidad imperiosa de decidir ampliaciones con posterioridad a la conclusión de la instrucción.

Estas y muchas más son las manifestaciones de la problemática que ahora nos ocupa. Por consiguiente, surge la necesidad de un debate técnico y jurisprudencial que partiendo de los propios jueces penales, convoque también el interés de los académicos y especialistas. Lo que ofrecemos, pues, con estos comentarios, se constituye, a la vez, en una advertencia y una alternativa frente a tan preocupante situación.

2. ALGUNOS DATOS EMPÍRICOS: DE LOS OPERADORES JUDICIALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA NORTE

Para abordar de forma seria y gráfica el tema que nos ocupa nos remitimos a una encuesta aplicada en trece juzgados penales de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte¹ (delimitación territorial). Se aplicó un cuestionario breve con preguntas concretas, referidas principalmente al tipo de reacción procesal ante una inadecuada calificación jurídica de los hechos denunciados por parte del Ministerio Público. Los resultados obtenidos se expresan en las siguientes tendencias:

- a. El total de denuncias que son devueltas mensualmente al Ministerio Público para subsanación por la totalidad de jueces es aproximadamente de sesenta y siete.

- b. El volumen total mensual de autos que declaran mensualmente no ha lugar a apertura de instrucción es de aproximadamente treinta y cinco.
- c. El promedio mensual de casos donde el juez califica por un delito distinto al denunciado, pero del mismo sistema de delitos es de seis.
- d. El total mensual de denuncias devueltas que retornan subsanadas por el Ministerio Público es de cincuenta y siete.

Otros datos psicosociales extraídos de la misma fuente nos muestran interesantes actitudes de los operadores jurisdiccionales. De ellos cabe mencionar los siguientes:

- a. El 70% de los jueces penales de Lima Norte devuelve para su subsanación al Ministerio Público las denuncias que ingresan mensualmente, cuando se advierte algún error en la fundamentación jurídica o fáctica, lo que evidencia una preocupación de los magistrados porque el proceso penal se lleve a cabo a partir de una adecuada calificación jurídica.
- b. Un 20% de los jueces penales procede a declarar no ha lugar a la apertura de instrucción, cuando advierte una inadecuada calificación, discrepando de esta manera con la posición postulada por el Ministerio Público. En estos casos en mayor frecuencia corresponde al supuesto donde los hechos no cuentan con los presupuestos objetivos del tipo por lo que no constituyen delito o son de naturaleza eminentemente civil, lo que amerita su irrelevancia penal o que sean discutidos una vía distinta a la penal. Son estos supuestos los que habilitan al Ministerio Público para apelar dicha resolución, o rubricar el auto en señal de conformidad con los fundamentos del juez penal.
- c. Sólo un 10% de los jueces encuestados procede de oficio a una recalificación de los hechos denunciados, al entender que los mismos no se subsumen en el tipo penal invocado por el fiscal. En esta variante el juez realiza un nuevo juicio de tipicidad formal completamente alejado del propuesto por el titular de la acción penal. Por ejemplo, el fiscal denuncia por robo agravado y el juzgado considera que se trata de hurto agravado.
- d. Por último, y con respecto a las devolución de denuncias, se detecta un 10% de las denuncias devueltas retornan sin ser subsanadas por el Ministerio Público. La mayoría de veces esto obedece a que el fiscal mantiene y ratifica su posición, respecto a los fundamentos fácticos o jurídicos que cimentaron su tesis inculpativa; o amparándose en otros casos en la preeminencia y exclusividad del principio acusatorio frente a la facultad discrecional y decisoria de la autoridad judicial.

3. DE LA CASUÍSTICA RECOGIDA

A continuación presentamos cinco variantes de lo que sucede en la práctica diaria, vinculadas a la calificación de las denuncias y que reflejan –a manera de trabajo de muestra– el frecuente proceder de los operadores jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

a. CASO N° 1: Expediente N° 683-07, Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima Norte

Devolución de denuncia por no especificar correctamente el párrafo del tipo penal: El Ministerio Público denuncia por el delito de usurpación, previsto en el inciso tercero del artículo 202° del Código Penal. El juzgado penal devuelve la denuncia indicando que la conducta se adecua al inciso segundo del artículo 202° del Código Penal. En tal sentido el Ministerio Público a fojas cuarenta y seis subsana el error aclarando que el inciso correcto es el segundo del artículo 202° del Código Penal, por lo que el juzgado abre instrucción.

b. CASO N° 2: Expediente N° 313-2007, Primer Juzgado Penal de Los Olivos

Devolución de denuncia por error en la calificación del tipo penal: la fiscalía de Los Olivos formaliza denuncia por el delito de robo agravado, sancionado por el artículo 188° (tipo base) con las agravantes contenidas en los incisos 2 y 4 primera parte del artículo 189° del Código Penal. La jueza penal devuelve la denuncia indicando que no se cumple con el presupuesto de violencia y amenaza contemplado en el tipo penal de robo agravado, ante lo cual el Ministerio Público subsana el error, y formaliza la denuncia por el delito de hurto agravado, fundamentos por los cuales el juzgado penal apertura instrucción por este último delito.

c. CASO N° 3: Expediente N° 3040-2006, Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima Norte

Recalificación por parte del juez penal: El Ministerio Público formula denuncia por el delito de robo agravado. El juzgado resuelve declarar ‘no ha lugar’ por el delito de robo agravado al considerar que no se ha utilizado la violencia para la sustracción del bien, elemento esencial para la configuración de este delito y abre instrucción por el delito de hurto agravado. El fiscal rubrica el auto en señal de conformidad.

d. CASO N° 4: Expediente N° 4232-06, Sexto Juzgado Penal

El fiscal no acepta la devolución de la denuncia invocando el principio acusatorio. El Ministerio Público formula denuncia penal por el delito contra la libertad sexual en su figura de violación sexual tipificado en el inciso 3 del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704. El juzgado dispone devolver los autos al Ministerio Público al considerar que al momento de los hechos la ley vigente era distinta a la invocada por la fiscalía, y que se había producido una modificación. El fiscal de la Séptima Fiscalía Provincial apela la devolución al considerar que existe un conflicto de leyes en el tiempo. El juzgado resuelve abrir instrucción por el delito denunciado teniendo en consideración la Ley N° 28704 y la fiscalía rubrica en señal de conformidad

e. CASO N° 5: Expediente N° 1723-2004, Primera Sala Superior Penal de Reos Libres

Nulidad de sentencia por inadecuada calificación del tipo penal: La Primera Sala Superior Penal de Reos Libres declaró 'nula' la sentencia condenatoria por el delito de homicidio culposo por cuanto no se había considerado en la calificación del tipo legal que el ilícito se generó por la inobservancia de las reglas de profesión, habiéndose aperturado instrucción con la fundamentación jurídica del artículo 111°, primer párrafo, debiendo ser lo correcto el considerar la parte *in fine* del citado artículo.

4. EL ENFOQUE DE LA DOCTRINA

Como bien lo señala la doctrina más caracterizada, el auto apertorio de instrucción constituye la primera resolución judicial en un proceso penal. Con ella se admite a trámite la denuncia del fiscal y se da inicio a la investigación del delito por la autoridad jurisdiccional². Para ello, sin embargo, es menester observar presupuestos y requisitos que consigna expresamente el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. Entre ellos destaca la exigencia y garantía de que el "juez solo abrirá instrucción si considera que [...] aparecen indicios suficientes o elementos reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal".

Al respecto, Azabache Caracciolo señala "[...] que corresponde al auto apertorio calificar la denuncia formulada por el fiscal, estimando si ella refleja o no una causa probable [...] entiéndase como tal aquella que es susceptible

de fundar una condena si el hecho denunciado es probado. A diferencia del juicio contenido en la sentencia del caso, el de la calificación de denuncia se caracteriza por circunscribirse a la admisión o no de la denuncia, que depende en buena cuenta del juicio sobre causa probable”³.

Por consiguiente, debe entenderse que la determinación de causa probable partiendo de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de un delito demandaran siempre de un análisis y de una evaluación exhaustiva y técnica del juez penal. En ese contexto constituye un lineamiento esencial, que permitirá luego ponderar la coherencia y acierto de la decisión judicial, el que el operador justifique debidamente su examen y calificación. Es más, a partir de ello se logrará fijar la ruta para una óptima investigación y sanción de los delitos. Lo que, en definitiva, garantizará la seguridad jurídica de la sociedad y el respeto material de derechos fundamentales como el honor y la libertad personal.

En coherencia con lo expuesto, el connotado procesalista César San Martín Castro, preocupado en el tema, sostiene enfáticamente que “El juez penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por lo que el procesamiento de quien resulta emplazado por el fiscal, requiere autorización o decisión judicial, sin embargo, esa autorización o resolución judicial no es automática, el juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público. En su misión de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes están sujetas a una persecución penal, el juez debe evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal, es decir, le corresponde el papel de defensor del ordenamiento jurídico [...] lo que implica que el juez debe tener un marco de referencia suficiente para decidir de un modo o de otro, esto es, de aceptar o no las pretensiones de las partes [...]”⁴.

4.1. Sobre el principio acusatorio y el proceso penal

El modelo procesal penal denominado acusatorio se fundamenta en principios trascendentes como el de legalidad y de oficialidad. Según los expertos esta variante procesal rige en nuestra legislación a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N° 638. Esta disposición legal reconoce al Ministerio Público la condición de titular excluyente del ejercicio público de la acción penal. Además, le impone la carga de la prueba y le otorga, para ejercitar ambos aspectos, total independencia funcional y exclusiva sujeción a la ley. De allí que sea correcto entender que en nuestro sistema procesal el Ministerio Público ostenta el monopolio de la persecución penal.

Ahora bien, el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004, también ha recogido dicho modelo como su rasgo característico principal. En ese ámbito, pues, la vigencia del principio acusatorio exige que la acusación sea ejercitada y mantenida durante todo el proceso por un órgano distinto del juez: el fiscal.

De esa manera, el representante del Ministerio Público se convierte en el centro neurálgico del proceso, pues dirige y coordina toda actividad procesal que no esté directamente ligada al hecho de dictar sentencia o al cumplimiento formal y material de los derechos y garantías fundamentales que puedan verse afectados en dicho contexto. Empero, el que el juez haya de emitir el fallo sobre la base de los hechos que le fueron dados por el titular de la acción penal, no debe entenderse al extremo que si considera que no está debidamente formulada o no resulta adecuada a lo previsto en el ordenamiento legal, deba mantenerse indiferente ante una situación que podría devenir en injusta o arbitraria.

En la legislación española, que también adopta un modelo acusatorio, resulta interesante advertir que el monopolio de la acción penal, no recae exclusivamente en el Ministerio Fiscal. Según la normativa hispánica, ella puede ser ejercida por el propio ofendido, e incluso por cualquier ciudadano en el caso de la denominada acción popular.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional, en el caso Umbert Sandoval (Expediente N° 2005-2006-HC/TC) ha sido enfático al precisar que el ejercicio de la acción penal recae en el Ministerio Público, y que ello además de estar enunciado en la Ley Orgánica de su creación (Decreto Legislativo N° 052), ha sido reafirmado por la Constitución Política del Estado.

Pese a lo expuesto, somos de la opinión que el rol persecutor del Ministerio Público, debe evaluarse también en función de otras variables particulares de nuestro entorno. Por ejemplo, debe tenerse en cuenta que en gran parte del país, el modelo procesal todavía vigente en función al Código de Procedimientos Penales, es fruto de una mixtura que comprende en parte al modelo inquisitivo (instrucción) y en parte al acusatorio garantista (juzgamiento). En tal sentido, las facultades inherentes de persecución del Ministerio Público, así como su condición de titular de la acción penal, no contradicen necesariamente, ni menos excluyen, las funciones de juzgamiento y control de legalidad que también tiene y debe ejercitar el órgano jurisdiccional. Sin embargo, si debe quedar en claro que el juez no persigue, solo juzga.

4.2. Sobre el principio *iura novit curia*

Este principio, tantas veces invocado en la formación y praxis del derecho, se remonta al derecho romano e implica la presunción lógica del conocimiento del derecho por parte del juez. Es decir, que este por su formación y cultura profesional y funcional tiene sólidos conocimientos del derecho aplicable al caso. En tal sentido, no es necesario que las partes en un litigio prueben ante la autoridad judicial lo que dicen las normas.

Ahora bien, la operación procesal y decisional en la que más claramente se pone de manifiesto el sentido de dicho principio es la subsunción. Esto es, la interrelación que debe hacer el órgano jurisdiccional entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo. En términos más concretos, la subsunción de hechos en el precepto de una norma es lo que conocemos como su calificación jurídica.

Sobre el particular, la doctrina española ha señalado correctamente “[...] que una vez establecido que los hechos que fueron objeto de la acusación se dieron en el pasado, el órgano judicial pasará a realizar el juicio jurídico, es decir, a determinar si los hechos probados tienen o no calificación posible desde el punto de vista penal. En esa operación el juzgador no tiene ninguna limitación, pudiendo calificar de modo distinto a como se hizo en la acusación, siempre que lo haga exclusivamente sobre los hechos objeto de la acusación y no se vulnere el derecho a la defensa; o incluso considerar que no constituye delito”⁵.

Entonces, bajo la premisa que hemos sostenido de que el juez juzga y no persigue, corresponde a él efectuar la adecuada calificación jurídica de los hechos. En consecuencia, si los hechos han sido calificados jurídicamente en la denuncia de manera defectuosa, no consideramos que lo procedente sea devolver esta al fiscal, menos aún, si la posibilidad de devolución a que se refiere la norma pertinente solo se circunscribe al hecho de que no se haya cumplido con un requisito de procedibilidad. En ese sentido, coincidimos plenamente con lo sostenido por el procesalista español Montero Aroca quien sostiene que el sentido que el derecho es de dominio judicial, por lo que le corresponde al juez señalar la fundamentación jurídica pertinente –claro está– con la limitación de que no varíen los hechos.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que al juez le corresponde el control de la legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, será él quien en definitiva deberá evaluar si en el escrito de promoción de la acción penal se ha realizado una adecuada subsunción sobre los hechos que identifican al injusto penal imputado. Ello, por lo demás, tiene amparo legal suficiente en la exigencia que al respecto plantea al juez penal el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales. Y esto último también comprende los casos donde la calificación jurídica que realice la autoridad judicial resulte ser distinta de la propuesta por el Ministerio Público, aunque sí corresponda a la misma familia de delitos (hurto por robo).

También debe tenerse en cuenta que, al margen de lo dispuesto y autorizado en la norma procesal, el principio general del *iura novit curia* faculta igualmente, a que el juez aplique la norma legal pertinente aún cuando ella sea distinta a la invocada por las partes, en el caso que nos ocupa por el Ministerio Público. Lo importante en consecuencia es incidir en que el derecho es de dominio jurisdiccional.

De otro lado, por lo expuesto, resulta evidente que la praxis de la devolución de denuncias deviene en un mecanismo jurídicamente inaceptable, salvo que se trate del incumplimiento de un requisito de procedibilidad conforme lo establece el antes citado 77º del Código de Procedimientos Penales. La información empírica obtenida da cuenta que el 80% de los jueces devuelven las denuncias al Ministerio Público cuando se ha producido una inadecuada calificación, o por falta de especificación del tipo, sin embargo, debe entenderse como una preocupación por parte de los magistrados para que el proceso se conduzca debidamente desde un inicio.

Es también pertinente señalar que el auto apertorio de instrucción aún se rige por el viejo modelo inquisitivo que caracterizaba la instrucción en el Código de Procedimientos Penales de 1940. De allí que se sostenga que la imputación debe estar formalizada judicialmente en dicha resolución, contando, fundamentalmente, con una debida motivación.

Como ya hemos demostrado, la realidad presente nos muestra que la casuística vinculada a la errónea calificación jurídica y a sus opciones procesales se ha incrementado notablemente de un tiempo a esta parte. Por consiguiente, urge encontrar una alternativa inmediata y coherente. Más aún, si el número de procesos declarados nulos por las instancias superiores ante una inadecuada

calificación jurídica del tipo penal también ha aumentado. En estos casos suele ocurrir que las imprecisiones de las denuncias son, luego, repetidas en los autos de apertura de instrucción.

La relevancia de ello ha trascendido el plano de la justicia penal al extremo que el propio Tribunal Constitucional lo ha advertido en el caso Margarita Toledo, en el que se declaró fundado un hábeas corpus y nulo el auto apertorio de instrucción, justamente, ante la imprecisión de la fundamentación jurídica, lo que por consiguiente recortaba gravemente el derecho de defensa.

Fallas técnicas de esta naturaleza generan y asientan una sensación de impunidad. Además implica un costo excesivo para el sistema judicial, pues luego de un largo y tortuoso proceso se frustran pretensiones y expectativas de justiciables y de la propia sociedad. Todo ello, finalmente, repercute y potencia el desprestigio del Poder Judicial y de sus órganos, agravando el endémico concepto negativo que la sociedad peruana tiene de nuestra institución.

Consideramos, finalmente, que el debate sobre la problemática de la calificación jurídica defectuosa no está del todo zanjado. Solo hemos querido motivar el interés por el tema con nuestras breves reflexiones e inquietudes, que esperamos reviertan en mejorar nuestro diario quehacer jurisdiccional.

¹ Encuesta Sondeo realizada a los Juzgados Penales de la sede de la Corte de Lima Norte. Agosto, 2007.

² Sánchez Velarde, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: IDEMSA, 2006.

³ *Revista peruana de derecho procesal*. Sobre el auto de inicio de instrucción. N° 111. Abril, 1999.

⁴ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Lima: Grijley, 2000.

⁵ Esquiaga Ganuzas, Francisco. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.