

Por:
César Augusto Nakazaki Servigón*

EL ARTÍCULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ESPECIAL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL CASO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Resumen

El trabajo versa sobre la institución procesal de los denominados requisitos de procedibilidad en el caso del delito de enriquecimiento ilícito. A través de una correcta interpretación del artículo 41 de la Constitución se determinará que es un requisito obligatorio que, en el caso de dicho delito, la acción penal sea ejercida por el Fiscal de la Nación, contrario a lo que la jurisprudencia nacional venía sosteniendo hasta antes del “Caso de la Congresista Cecilia Chacón de Vettori”.

Palabras clave: Enriquecimiento ilícito, Constitución, requisito de procedibilidad, acción penal.

Abstract

The paper deals with legal requirements procedure in case of the crime of illicit enrichment. Through a correct interpretation of article 41 of the Constitution shall be determined that it is a requirement in case of such crime that the public criminal proceedings are to be instituted only by the General Attorney, contrary to national jurisprudence had maintained until “Case of Congress member Cecilia Chacon de Vettori”.

Keywords: Illicit enrichment, Constitution, requirements procedure, criminal proceedings.

Sumario

1. Introducción. 2. Los requisitos de procedibilidad como condición necesaria para ejercer la acción penal. 2.1. Las condiciones para el ejercicio de la acción penal. 2.2. Los requisitos de procedibilidad. 2.3. El efecto del no cumplimiento de los requisitos de procedibilidad. 2.4. La cuestión previa como remedio ante el incumplimiento de un requisito de procedibilidad. 3. El artículo 41 de la Constitución y la exigencia de intervención del Fiscal de la Nación como requisito de procedibilidad en el caso del delito de enriquecimiento ilícito. 3.1. El artículo 41 de la Constitución. 3.2. Los principios de interpretación

* Ex Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Email: nakazaki@snakazaki.com

** Como en todos mis trabajos, académicos y profesionales, expreso nuevamente mi agradecimiento y reconocimiento a mi asistente Exson Vilcherrez Ato, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

constitucional. 3.3. La necesaria aplicación de los principios de corrección funcional y unidad para determinar el contenido del artículo 41 de la Constitución. 4. El tratamiento jurisprudencial al mandato del artículo 41 de la Constitución: especial mención al “Caso de la Congresista Cecilia Chacón de Vettori”. 4.1. La jurisprudencia existente antes del “Caso Cecilia Chacón de Vettori”. 4.2. El “Caso Cecilia Chacón de Vettori”. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 41 de la Constitución Política de 1993 establece que, cuando se presume la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación debe formular cargos ante el Poder Judicial.

Dicha función fue interpretada de distintos modos por los operadores jurídicos. Jueces, Fiscales y Abogados entendían que el citado precepto contenía un mandato genérico respecto a la intervención del máximo órgano del Ministerio Público. Algunos decían que la exigencia se cumplía en tanto este investigue y luego autorice a un Fiscal Provincial para que formule denuncia penal; otros que bastaba que se autorice a un Fiscal Provincial para que realice la investigación. Incluso, y sobre todo en la jurisprudencia, se venía afirmando que si bien era exigible la intervención del Fiscal de la Nación, se trataba de un vicio que podía ser convalidado.

En este trabajo se establecerá, recurriendo a los principios de interpretación constitucional, que el artículo 41 de la Constitución incorpora un requisito de procedibilidad en el caso de la acción penal por delito de enriquecimiento ilícito y que su cumplimiento necesariamente exige que sea el Fiscal de la Nación quien presente la denuncia penal ante el Poder Judicial. Además de ello se desarrollará cómo el mecanismo procesal de la cuestión previa permite declarar la nulidad de todo proceso penal, en cualquier estado en que se encuentre, que no haya observado la exigencia constitucional.

Por último, realizaremos un estudio de la forma en que la jurisprudencia nacional venía interpretando el mandato del artículo 41, destacando que a partir del “Caso de la Congresista Cecilia Chacón de Vettori” finalmente se ha respetado el verdadero contenido de la norma constitucional.

2. LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EJERCER LA ACCIÓN PENAL

2.1. Las condiciones para el ejercicio de la acción penal

En el ordenamiento peruano, la acción penal es de ejercicio público.¹ Según el artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política de 1993 le corresponde al Ministerio Público la titularidad para su ejercicio.

1 Ello sin perjuicio de los supuestos excepcionales de delitos cuya persecución depende del ejercicio privado de la acción penal. En similar sentido para el caso español, Asencio Mellado, José María

La acción penal está sujeta a condiciones para su ejercicio. De la lectura de los artículos 77 del Código de Procedimientos Penales de 1940 y 344 del Código Procesal Penal del 2004,² se pueden extraer las condiciones legales para el ejercicio de la acción penal.³

El primer requisito es que el hecho resultado del procedimiento preliminar debe ser aparentemente típico, antijurídico y culpable, esto es, subsumible en un tipo penal, sin que concurren causas de justificación, de exclusión de la antijuricidad o de exculpación.

El segundo requisito es lo que se conoce como causa probable, la existencia de una mínima base probatoria, “indicios reveladores” que acrediten verosímilmente la realización del hecho aparentemente delictivo, así como la autoría o participación de las personas objeto de las diligencias preliminares.

El tercer requisito es que el hecho sea justiciable penalmente, es decir, que no tienen que concurrir causas personales de exclusión, ni de levantamiento de pena, por ejemplo, excusas absolutorias, amnistía, inviolabilidad, etc.

El cuarto requisito es que la acción penal no haya prescrito, esto es, la verificación del no vencimiento del plazo de prescripción.

El quinto requisito es el cumplimiento de los requisitos de procedencia establecidos en la ley para el ejercicio de la acción penal.

Podemos decir, por tanto, que existen motivos formales y motivos de fondo para no ejercer la acción penal. Los primeros implican la presencia de obstáculos procesales o el incumplimiento de requisitos de procedencia. Los segundos se dan cuando el hecho objeto de investigación preliminar no tiene apariencia de delito, no es justiciable penalmente o ante la falta de causa probable.⁴

(1998). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23 y 24. Destaca que desde la conceptualización del delito como fenómeno público y la prohibición de autotutela, es que la regla general sigue siendo que la acción penal sea pública.

2 Dado el sistema de vigencia progresiva del Código Procesal Penal de 2004, que determina que en Lima y en algunos distritos judiciales se siga aplicando el Código de Procedimientos Penales; se trabaja con ambos códigos en este artículo.

3 Similarmente, Sánchez Velarde, Pablo (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa, pp. 461 y ss. También, San Martín Castro, César (2003). *Derecho procesal penal*. Tomo II. SEGUNDA EDICIÓN. LIMA: GRIJLEY, p. 315.

4 En este sentido, Schlüchter, Ellen (1999). *Derecho procesal penal*. Segunda edición, Valencia: Tirant lo Blanch y Thügersheim Frankfurt Main, p. 98.

2.2. Los requisitos de procedibilidad

El maestro peruano Florencio Mixan Mass afirma que los requisitos de procedibilidad son exigencias procesales que deben ser satisfechas a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal; y son condición necesaria el satisfacer legal y anteladamente al ejercicio de la acción penal y a la consiguiente apertura del proceso penal.⁵

Del mismo parecer es el también autor nacional Raúl Villagaray Hurtado, quien define a los requisitos de procedibilidad como aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción.⁶

Recientemente, el juez supremo José Neyra Flores define a los requisitos de procedibilidad como aquellas condiciones extratípicas establecidas en la ley, sin las cuales no se puede válidamente ejercer la acción penal.⁷

2.3. El efecto del no cumplimiento de los requisitos de procedibilidad

Los requisitos de procedibilidad, por ser una de las condiciones de la acción penal, constituyen presupuestos procesales de la causa penal.⁸ Si se cumplen, el proceso penal tiene validez jurídica (existe); si se incumplen carece de ella (no existe).⁹ De este modo, se recoge expresamente en el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales. Por su parte, el Código Procesal Penal de 2004, en el artículo 4, establece que la cuestión previa fundada produce la anulación de la investigación preparatoria (de la instrucción en el caso del Código de 1940); por lo que en ambas legislaciones el incumplimiento del requisito de procedibilidad produce el mismo efecto sobre el proceso penal.

La validez del proceso penal exige verificar no solo la presentación de un documento llamado denuncia fiscal o una disposición de formalización de investigación preparatoria, sino el cumplimiento de todas las condiciones de la acción penal, que son los requisitos que se deben exigir al Ministerio Público para que pueda formular la pretensión punitiva del Estado. La inobservancia de un requisito de procedibilidad

5 Mixán Mass, Florencio (1984). *Derecho procesal penal*. Tomo III. Trujillo: Ediciones Jurídicas, pp. 117 y 118.

6 Villagaray Hurtado, Raúl (1981). *Cuestiones prejudiciales y previas en la jurisprudencia nacional*. Lima: Sesator, p. 93.

7 Neyra Flores, José (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Lima: Idemsa, p. 270.

8 En este sentido, Pastor, Daniel (2003). "Acercas de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales". En *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Tomo 13. Lima: Idemsa, pp. 172 y 173. También, Gimeno Sendra, Vicente (2012). *Derecho procesal penal*. Madrid: Civitas, 2012, p. 159.

9 Igualmente, Clariá Olmedo, Jorge (2001). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 173. También, Roxín, Claus (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 165 y 166.

produce una nulidad procesal absoluta; por tanto, no puede ser objeto de convalidación o subsanación, pues estos “remedios” solamente funcionan en los casos de la nulidad procesal relativa.¹⁰

2.4. *La cuestión previa como remedio ante el incumplimiento de un requisito de procedibilidad*

La cuestión previa es un mecanismo procesal de defensa que se promueve como obstáculo contra la acción penal a efectos de impedir su ejercicio por la inobservancia de algún requisito de procedibilidad.¹¹ La formulación de la cuestión previa resulta trascendente, pues advierte de la inexistencia de una relación jurídico-procesal penal válida,¹² alerta sobre la tramitación de un proceso judicial jurídicamente inexistente. En este sentido, la regulan las leyes procesales penales vigentes en el Perú.

El artículo 4 del Código de Procedimientos Penales de 1940 establece: “Las Cuestiones Previas proceden cuando no concurre un requisito de procedibilidad y pueden plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio. Si se declara fundada, se anulará lo actuado dándose por no presentada la denuncia”.

El artículo 4 del Código de Procesal Penal del 2004 regula: “La cuestión previa procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado”.

La cuestión previa tiene tres elementos: el motivo, la finalidad y la oportunidad. El motivo, como es lógico, es el incumplimiento de un requisito de procedibilidad. La finalidad es la nulidad del proceso y la consideración de la denuncia penal como no presentada, o –en el caso del nuevo modelo procesal– como no formalizada la investigación preparatoria.¹³ La oportunidad de interposición es en cualquier etapa del proceso penal.

10 Véase al respecto, Nakazaki Servigón, César (2006). “La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión”. En *Revista Homenaje a los xxv de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. Lima: Fondo editorial de la Universidad de Lima, p. 41; y *ibid.* (2010). “El derecho a la defensa procesal eficaz”. En *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 124.

11 Similarmente, Sánchez Velarde, 2004: 337. También, Neyra Flores, 2015: 269. Señala que se trata de una institución eminentemente procesal, no solo porque se interpone dentro de un proceso penal, sino porque advierte la existencia de un requisito de procedibilidad previsto en la ley.

12 Del mismo parecer, Oré Guardia, Arsenio (2011). *Manual de derecho procesal penal*. Editorial Reforma, p. 441.

13 En este sentido, San Martín Castro, 2003: 374. También, Moreno Catena, Víctor et. ál. (2000). *El proceso penal: La fase intermedia. La prueba. Conclusiones. El juicio oral. Sentencia y cosa juzgada*. Volumen III. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1942.

3. *EL ARTÍCULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA EXIGENCIA DE QUE SEA EL FISCAL DE LA NACIÓN QUIEN EJERZA LA ACCIÓN PENAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL CASO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO*

3.1. *El artículo 41 de la Constitución*

La Constitución Política de 1993 establece en el artículo 41 que¹⁴:

“Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”. (*Resaltado del autor*).

El segundo párrafo de dicho artículo regula una función constitucional atribuida al Fiscal de la Nación. Su cumplimiento a su vez constituye un requisito de procedibilidad en el caso de la acción penal por delito de enriquecimiento ilícito.¹⁵ Para determinar el contenido de dicha función y a la vez del requisito de procedibilidad que incorpora, debemos recurrir a los principios de interpretación constitucional.

3.2. *Los principios de interpretación constitucional*

La Constitución es una norma jurídica y, por tanto, debe ser objeto de interpretación.¹⁶

El Tribunal Constitucional ha establecido que existen diversas formas de interpretación de la Ley Fundamental. Así, en la STC del 8 de noviembre de 2005,

14 Dicho artículo está ubicado en el Capítulo IV - De la Función Pública, del Título I - De la Persona y la Sociedad.

15 Similarmente, San Martín Castro, César (2002). “El procedimiento penal por delitos contra la administración pública”. En *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir: aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, p. 351. También, Gálvez Villegas, Tomás (2001). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa, pp. 268 y ss.

16 Castillo Córdova, Luis (2005). *Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general*. Segunda edición. Lima: Palestra, pp. 199 y ss. Desarrolla el carácter normativo de la Constitución.

expedida en el “Caso Pedro Lizana Puelles”, Fundamento Jurídico 12, desarrolla los principios de la interpretación constitucional: el principio de unidad, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de función integradora y el principio de fuerza normativa.¹⁷

El principio de unidad de la Constitución determina que la interpretación de esta debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

El principio de concordancia práctica determina que toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

El principio de corrección funcional determina que al interpretar la Constitución no se pueden desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a determinado órgano, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

El principio de función integradora determina que el “producto” de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

El principio de fuerza normativa de la Constitución determina que la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante en todo y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público y a la sociedad en su conjunto.

3.3. *La necesaria aplicación de los principios de corrección funcional y unidad de la Constitución para determinar el contenido del artículo 41 de la norma fundamental*

El artículo 41 de la Constitución debe ser interpretado para establecer el significado de la exigencia de que el Fiscal de la Nación formule cargos ante el Poder Judicial.

17 Pleno del Tribunal Constitucional, proceso de amparo, Expediente 5854-2005-PA/TC. Similarmente, García Toma, Víctor (2005). “El Tribunal Constitucional, La interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)”. En *Anuario de Derecho Penal: interpretación y aplicación de la ley penal*. Lima: PUCP, pp. 195 y 196.

Hay dos reglas posibles de establecer: (i) El Fiscal de la Nación formula denuncia penal ante el Poder Judicial; y (ii) El Fiscal de la Nación dicta la resolución autoritativa e instruye al fiscal competente para formalizar denuncia penal.¹⁸

La “práctica jurídica” da cuenta del empleo de la segunda opción; el Fiscal de la Nación a través de resolución autoritativa instruye al fiscal competente para que formule denuncia penal, como consecuencia de la investigación preliminar hecha en la Fiscalía de la Nación o en la Fiscalía Suprema de Control Interno.

La “formulación de cargos ante el Poder Judicial” que estableció el Constituyente de 1993 no es interpretada como ejercicio de la acción penal, sino como la instrucción al fiscal competente para que formule denuncia penal. Incluso en la doctrina se plantea restringir el alcance del artículo 41 de la Constitución a los funcionarios públicos con el deber legal de formular declaración jurada.¹⁹

Sostengo, por otro lado, que la expresión “formulación de cargos” del artículo 41 debe hacerse, y no se ha hecho, a partir de una interpretación constitucional, distinta a la interpretación de las leyes infraconstitucionales.²⁰ En este sentido, son dos los principios que determinan que de dicha norma se deba extraer el mandato que obligatoriamente sea el Fiscal de la Nación quien formule denuncia penal: el principio de corrección funcional y el principio de unidad de la Constitución.

Como se dijo anteriormente, en virtud del principio de corrección funcional, el juez, al interpretar la Constitución, no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al órgano constitucional. Si el Constituyente asignó al Fiscal de la Nación la formulación de cargos ante el Poder Judicial por delito de enriquecimiento ilícito, la interpretación constitucional del artículo 41 solamente puede admitir la forma legal de formulación de cargos, esto es, el ejercicio de la acción penal mediante la interposición de la denuncia penal o formalización de la investigación preparatoria, como se hace en el caso de los desaforados mediante el proceso de antejuicio, artículos 99 y 100 de la Ley Fundamental.

18 En este punto es importante recordar la distinción entre dispositivo y norma. Véase, Díaz Revorio, Javier (2003). *La interpretación constitucional de la Ley*. Lima: Palestra, p. 52. Señala que disposición es cualquier enunciado que forma aparte de un documento normativo. La norma, por su parte, es el enunciado que constituye el significado o sentido adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La norma es el resultado de interpretar la disposición.

19 De este parecer, Gálvez Villegas, 2001: 268 y 269.

20 Es una tarea pendiente en este campo la interpretación que los jueces penales han hecho del artículo 40 segundo párrafo de la Constitución; a pesar que el Constituyente establece que los trabajadores de las empresas no forman parte de la función pública, se les sigue considerando autores de delitos contra la Administración Pública.

La Ley Orgánica del Ministerio Público no desarrolla una forma de formulación de cargos ante el Poder Judicial diferente al ejercicio de la acción penal a través de la denuncia o formalización de investigación preparatoria. En el artículo 66 inciso 3 se limita a reproducir la fórmula constitucional, establece como atribución del Fiscal de la Nación el formular cargos ante el Poder Judicial por delito de enriquecimiento ilícito contra funcionarios y servidores públicos.

Finalmente, el artículo 41 debe interpretarse en virtud del principio de unidad de la Constitución, es decir, buscando considerarla como un “todo” armónico y sistemático.²¹ Así, hay que tener en cuenta que la norma fundamental reconoce una similar asignación de funciones al Fiscal de la Nación, esta vez, en el caso de los altos funcionarios públicos a los que se ha levantado la inmunidad mediante el antejuicio realizado por el Congreso de la República.²²

El artículo 100 de la Constitución establece: “En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente”.

Dicho artículo es claro. La formulación de cargos que realiza el Fiscal de la Nación en virtud de una función constitucionalmente asignada se hace a través de la formulación de denuncia ante el Poder Judicial, o con la disposición de formalización de investigación preparatoria. Partiendo de ello es que podemos concluir que esa es la forma a seguir en el caso del artículo 41, pues de otro modo se estarían asumiendo distintas formas del ejercicio de la misma función por causas similares; en ambas se trata de la formulación de cargos penales en contra de funcionarios públicos.

En conclusión, la formulación de denuncia penal o formalización de investigación preparatoria por parte del Fiscal de la Nación, en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, es un requisito de procedibilidad. Su incumplimiento determina la nulidad absoluta del proceso penal, su inexistencia, dado que la denuncia penal o formalización de investigación preparatoria se tiene como no interpuesta o emitida. Además de ello, estando ante un proceso penal objeto de nulidad absoluta, este no puede ser saneado ni el vicio puede ser convalidado.

21 En este sentido, Rubio Correa, Marcial (2005). *La interpretación de la constitución según el tribunal constitucional*. Lima: PUCP, pp. 308 y 309.

22 El artículo 99 de la Constitución señala que la acusación constitucional es una exigencia en el caso de los funcionarios que gozan de los privilegios constitucionales de la inmunidad, antejuicio y fuero especial.

4. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL AL MANDATO DEL ARTÍCULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN: ESPECIAL MENCIÓN AL “CASO DE LA CONGRESISTA CECILIA CHACÓN DE VETTORI”.

4.1. *La jurisprudencia existente antes del “Caso Cecilia Chacón de Vettori”*

La doctrina judicial peruana es pacífica en entender que la falta de un requisito de procedibilidad da lugar a un proceso penal viciado de nulidad y deviene en insubsistente lo demás.²³ Ello sin embargo no ha sido observado en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, lo cual es explicable, dado que la “jurisprudencia” que existió hasta el año 2015 no realizó una correcta interpretación constitucional para determinar el alcance del artículo 41.

La jurisprudencia nacional había llegado, erróneamente, a dos conclusiones: (i) El requisito de procedibilidad establecido en el artículo 41 de la Constitución no establece la necesidad que sea el Fiscal de la Nación quien formule denuncia penal; y (ii) El incumplimiento del requisito de procedibilidad puede ser objeto de convalidación. Es así que en diversos pronunciamientos desestimó las cuestiones previas que la defensa de diversos funcionarios públicos planteó ante la inobservancia del requisito de procedibilidad.

La Sala Penal Transitoria en la ejecutoria del 7 de diciembre de 2011, expedida en el “Caso de la Familia del General Yanqui Cervantes”, considerando séptimo, afirma que el incumplimiento del artículo 41 fue regularizado por el Ministerio Público con la Resolución Administrativa 816-2000-MP-FN. Agrega que tal regularización no fue cuestionada por la defensa por lo que operó la convalidación.²⁴ Del mismo modo, resolvió en la ejecutoria del 20 de noviembre de 2013, expedida en el “Caso de la Familia Delgado de la Paz”, considerando vigésimo segundo.²⁵

La Sala Penal Permanente en la ejecutoria, del 20 de abril del 2012, expedida en el “Caso de la Familia del General Sotero Navarro”, considerando décimo octavo, afirma que el incumplimiento del artículo 41 fue regularizado por el Ministerio Público con la Resolución Administrativa 020-2000-MP-FN, con la Resolución Administrativa 053-2000-MP-FN y con la Resolución Administrativa 141-2000-MP-FN.²⁶ Agrega también que tal regularización no fue cuestionada por la defensa, por lo que operó la convalidación. Del mismo modo, resolvió en la ejecutoria del 13 de junio del 2012, expedida en el “Caso de la Familia del General Cano Angulo”, considerando décimo segundo.²⁷

23 Villagaray Hurtado, 1981: 92 y 93.

24 R.N. 1051-2011-Lima.

25 R.N. 383-2011-Lima

26 R.N. 1125-2011-Lima.

27 R.N. 1076-2011-Lima.

Las acciones penales que dieron origen a los procesos objeto de las ejecutorias no las ejerció el Fiscal de la Nación, sino Fiscales Anticorrupción, que no contaron con un procedimiento preliminar efectuado por la Fiscalía de la Nación y menos con una resolución autoritativa emitida por esta.

Los argumentos usados por las Salas Supremas son errados, pues, conforme hemos señalado, el artículo 41 de la Constitución establece que sea el propio Fiscal de la Nación quien ejerza la acción penal en el caso del delito de enriquecimiento ilícito. En ninguna de las ejecutorias objeto de estudio se ha mencionado siquiera qué criterio de interpretación constitucional se usó para asignarle un contenido distinto al citado mandato constitucional.

En segundo lugar, las resoluciones administrativas no permiten delegar la función constitucional del Fiscal de la Nación ni mucho menos convalidar la nulidad procesal absoluta que se origina por el no cumplimiento del requisito de procedibilidad.

La Resolución Administrativa 020-2000-MP-FN fue de designación de Fiscales para que participen en investigaciones y procesos por “Caso de Vladimiro Montesinos Torres”; la Resoluciones Administrativas 053-2000-MP-FN y 141-2000-MP-FN fueron de ampliación de facultades para conocer casos de terceros vinculados. Ninguna permite asignarle un sentido interpretativo al artículo 41 de la Constitución.

Por último, las muchas veces citada Resolución Administrativa 816-2000-MP-FN estableció una “delegación” del conocimiento de los casos en los que se haya denunciado por enriquecimiento ilícito sin participación de la Fiscalía de la Nación. Dicha norma administrativa no puede determinar el alcance del artículo 41 de la Constitución, pues no responde a una interpretación constitucional de ese artículo y colisiona con el texto expreso del artículo 66 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. A ello debemos añadir que dicha norma jamás fue publicada.

Finalmente, no es posible una convalidación porque el incumplimiento de un requisito de procedibilidad genera la nulidad absoluta, no relativa, del proceso; este se tiene por inexistente, pues la denuncia se considera no interpuesta.

4.2. *El “Caso Cecilia Chacón de Vettori”*

El Estudio Sousa & Nakazaki tiene a su cargo la defensa de la Congresista de la República Cecilia Chacón de Vettori en el proceso penal que se le sigue por la supuesta complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito.²⁸ Conforme a las reglas

28 La Sala Segunda del Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 19 de octubre de 2009, Expediente 3509-2009-PHC/TC, excluyó del proceso penal al supuesto autor del delito, el general en situación de retiro Walter Gaspar Chacón Málaga, por violación del derecho al plazo razonable.

de la cuestión previa, esta es procedente en cualquier estado del proceso. En este caso se planteó en el procedimiento de recurso de nulidad de la sentencia condenatoria, a más de 10 años de iniciado el proceso penal, a unos meses de asumida la defensa.²⁹

Tal cual ocurrió en los casos anteriormente citados, la denuncia penal fue interpuesta por un Fiscal Anticorrupción y sin que haya existido un procedimiento preliminar en la Fiscalía de la Nación o siquiera una resolución autoritativa.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, mediante ejecutoria de fecha 24 de septiembre de 2014, declaró fundada la cuestión previa deducida y mandó que se formule una nueva denuncia penal, esta vez cumpliendo el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 41 de la Constitución.³⁰

Dicha resolución ha sido objeto de una nulidad por parte de la Procuraduría Anticorrupción. Se postula dos motivos para ello: la violación del derecho a la defensa y el apartamiento de la doctrina jurisprudencial que había marcado una postura contraria a nuestro argumento en similares casos. Para tal pretensión recurre a la vía procesal desarrollada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en un Precedente Vinculante para la anulación de las ejecutorias supremas; en ella se han establecido dos supuestos para declarar la nulidad de una ejecutoria. En primer lugar, la presencia de defectos en el procedimiento ante la Sala Suprema que generen indefensión. En segundo lugar, la existencia de defectos de la sentencia de mérito que vulneren la congruencia entre la pretensión impugnatoria y la absolución del grado o la sentencia.³¹

La supuesta violación al derecho a la defensa en la tramitación de la cuestión previa en la Sala Suprema, según la Parte Civil se verificó por no correrse traslado del escrito de formulación de cuestión previa y del dictamen del Fiscal Supremo. Agrega que se trataría de una nulidad procesal absoluta, pues no se siguió el procedimiento del artículo 90 del Código de Procedimientos Penales.

El argumento de la Procuraduría es errado, pues el artículo 90 no es una regla general del proceso, sino de la fase de instrucción; en el juzgamiento los incidentes se promueven, debaten y resuelven en la audiencia. En el procedimiento de recurso de apelación de sentencia tampoco se aplica el artículo 90, se da cuenta del incidente en la vista de la causa para que se pronuncien las partes; solo se requiere Dictamen Fiscal.

29 El proceso penal seguido contra la congresista Cecilia Chacón de Vettori terminó en primera instancia con una sentencia condenatoria a pena suspendida emitida por Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente 04-2001.

30 R.N. 184-2013-Lima.

31 R.N. 798-2005-Ica. Se han establecido dos supuestos para declarar la nulidad de una ejecutoria. En primer lugar, la presencia de defectos en el procedimiento ante la Sala Suprema que generen indefensión. En segundo lugar, la existencia de defectos de la sentencia de mérito que vulneren la congruencia entre la pretensión impugnatoria y la absolución del grado o la sentencia.

Igual procedimiento se sigue con el recurso de nulidad de una sentencia. En conclusión, los incidentes que se promueven dentro del procedimiento de recurso de nulidad de la sentencia condenatoria no se tramitan conforme al artículo 90.

En caso de recurso de nulidad de sentencia, igual que en el recurso de apelación, se sigue el procedimiento regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 129 y siguientes. Los recursos, por tanto los incidentes, no son objeto de traslado a las otras partes; su conocimiento, conforme al artículo 130, es acudiendo los abogados a estudiar el caso hasta tres días antes de la vista de la causa. La oportunidad para conocer y contradecir la pretensión incidental es la vista de la causa.

No existiendo forma procesal violada en la tramitación del incidente de cuestión previa, falta uno de los elementos de la nulidad procesal. Mucho menos se dio una violación de una garantía procesal constitucional, pues no existió indefensión. Por tanto, que para conocer los incidentes, o se estudia el expediente judicial o se espera a la vista de la causa.

En cuanto al segundo de los motivos invocados por la Procuraduría, este no está contemplado en los supuestos de nulidad recogidos en el Precedente Vinculante. No se postula un caso de incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema. Sin perjuicio de ello, no es de recibo el argumento que la Sala Penal Permanente se apartó indebidamente del criterio establecido con anterioridad respecto a anteriores pronunciamientos.

En primer lugar, si bien es cierto que en anteriores oportunidades la Corte Suprema resolvió inobservando el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 41 de la Constitución, lo resuelto con aquellas oportunidades no puede afectar a nuestra defendida por el límite subjetivo de la cosa juzgada material.³²

En segundo lugar, las sentencias anteriores invocadas por la Procuraduría no tienen un efecto vinculante sobre la Sala Permanente de la Corte Suprema. Ello, pues, solo los precedentes vinculantes y sentencias plenarias del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales de 1940, así como las sentencias casatorias y los plenos casatorios del artículo 433 incisos 3 y 4 del Código Procesal Penal del 2004, generan una vinculación “absoluta y de carácter horizontal y vertical: vinculan a los jueces de todas las instancias”.³³ Las ejecutorias anteriores no son precedentes

32 El proceso penal seguido contra la Congresista Cecilia Chacón de Vettori pertenece al grupo de casos contra las familias de los Generales EP que inicialmente estaban acumulados y se conocían como el “Caso de la promoción de Montesinos”.

33 Nakazaki Servigón, César (2014). “¿Potestad del juez de desvinculación de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo en lo Penal en el sistema jurídico peruano?”. En *Athina: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. Tomo 11. Lima, p. 146.

vinculantes, por tanto, la Sala Penal Permanente no tenía obligación de seguirlas, ni siquiera de mencionarlas.

Por último, a más de 14 años de iniciada la persecución penal, el caso ha regresado a la Fiscalía de la Nación supuestamente para que se subsane la inobservancia del requisito de procedibilidad, lo que resulta imposible jurídicamente porque la violación del derecho fundamental al plazo razonable genera como efecto la extinción de la acción penal por pérdida de la legitimidad para promover persecución penal.³⁴

5. CONCLUSIONES

- a) La acción penal está sujeta a condiciones para su ejercicio. Una de esas condiciones es el cumplimiento de los denominados requisitos de procedibilidad, ellos deben estar regulados en la Ley.
- b) En el artículo 41 de la Constitución se regula un requisito de procedibilidad en el caso del delito de enriquecimiento ilícito. La acción penal tiene que ser ejercitada por el Fiscal de la Nación.
- c) La Constitución tiene sus propios principios de interpretación. En el caso del artículo 41 es necesario recurrir a los principios de corrección funcional y de unidad de la Constitución, a fin de establecer el contenido de la función asignada al Fiscal de la Nación.
- d) El principio de corrección funcional determina que en la interpretación del artículo 41 no se desvirtúe una función asignada al órgano máximo del Ministerio Público, el Fiscal de la Nación.
- e) El principio de unidad de la Constitución determina que en la interpretación del artículo 41 se tome en cuenta que en el artículo 100 de la Ley Fundamental es el Fiscal de la Nación quien ejerce la acción penal.
- f) El Poder Judicial hasta antes del “Caso Cecilia Chacón de Vettori” no hizo una correcta interpretación del artículo 41 de la Constitución. Recurría a normas administrativas *contra legem* y a la institución de la convalidación a pesar que esta no aplica en el caso de nulidades procesales absolutas.

34 Un amplio desarrollo de la doctrina que asigna tal efecto a la violación del derecho al plazo razonable en Nakazaki Servigón, César (2015). “Análisis del derecho constitucional al plazo razonable: a propósito del R.N. N° 2966-2012-LIMA por el caso Luis Valdez Villacorta”. En *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 200. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 190 y ss.

- g) Con la ejecutoria del 24 de septiembre de 2014, expedida en el “Caso Cecilia Chacón de Vettori”, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha corregido el error jurídico existente en torno a la interpretación del artículo 41 de la Constitución: es un requisito de procedibilidad en el caso del delito de enriquecimiento ilícito el que la acción penal sea ejercitada por el Fiscal de la Nación.

6. *BIBLIOGRAFÍA*

ASENCIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, 1998, 335 p.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general, 2 edición, Palestra, Lima, 2005. 563 p.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, 396 p.

DÍAZ REVORIO, Javier. La interpretación constitucional de la Ley, Palestra, Lima, 2003, 445 p.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Delito de enriquecimiento ilícito, Idemsa, Lima, 2001, 603 p.

GARCÍA TOMA, Víctor. “El Tribunal Constitucional, La interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)”, en Anuario de Derecho Penal: interpretación y aplicación de la ley penal, Fondo Editorial de la PUCP, 2005, p. 172 a 210.

GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, Civitas, Madrid, 2012, 972 p.

MIXÁN MASS, Florencio. Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1984, 352 p.

MORENO CATENA, Víctor; COQUILLET VICENTE, Ángela; DE DIEGO DIEZ, Alfredo; JUANES PECES, Ángel; DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio. El Proceso Penal: La fase intermedia. La prueba. Conclusiones. El juicio oral. Sentencia y cosa juzgada, Volumen III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 2471 p.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión”, en Revista Homenaje a los XXV de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Fondo editorial de la Universidad de Lima, 2006, p. 13 a 43.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “El derecho a la defensa procesal eficaz”, en *El Debido Proceso: Estudios sobre derechos y garantías procesales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 99 a 126.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “¿Potestad del Juez de desvinculación de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo en lo Penal en el sistema jurídico peruano?”, en *Athina: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, Tomo 11, Lima, 2014, p. 141 a 157.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César. “Análisis del derecho constitucional al plazo razonable: a propósito del R.N. N° 2966-2012-LIMA por el caso Luis Valdez Villacorta”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 200, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 167 a 195.

NEYRA FLORES, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2015, 675 p.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, 2011, 546 p.

PASTOR, Daniel. “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Tomo 13, Idemsa, Lima, 2003., p. 169 a 196.

ROXÍN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Gabriela Córdoba y Daniel Pastor (trad.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, 601 p.

RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la constitución según le tribunal constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005, 455 p.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 2 edición, Grijley, Lima, 2003, 786 p.

SAN MARTÍN CASTRO, César. “El procedimiento penal por delitos contra la administración pública”, en *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir: aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 309 a 430.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, 959 p.

SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*, 2 edición, Página 98, Tirant lo Blanch y Thügersheim Frankfurt Main, Valencia, 1999, 190 p.

VILLAGARAY HURTADO, Raúl. *Cuestiones prejudiciales y previas en la jurisprudencia nacional*, Editorial Sesator, Lima, 1981, 461 p.