Ministerio Público y proceso penal
Anuario de Derecho Penal 2011-2012

La conformidad con la acusación fiscal en el Código Procesal Penal peruano. Un análisis desde la perspectiva española[1]

Yolanda Doig Díaz

Sumario: I. Presentación. **II.** La Ley de Enjuiciamiento Criminal española y sus modalidades de conformidad. **A.** Crisis del modelo español. **III.** El Código Procesal Penal y la conformidad con la acusación fiscal. **A.** Fiscal y conformidad. **B.** Clases. **1.** Conformidad absoluta. **2.** Conformidad diferida. **3.** Conformidad parcial. **C.** Momento procesal. **D.** Ámbito de aplicación. **E.** Sujetos legitimados. **F.** Control judicial de la conformidad. **1.** El control sobre la calificación y la pena. **2.** Control sobre la voluntad del acusado. **G.** Sentencia de conformidad. **IV.** Reflexión final.

1 Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación PPII 10-0283-3499, Claves de la Lucha contra la Corrupción, concedido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

I. Presentación

El giro sustancial que ha experimentado el sistema procesal penal peruano, tras la entrada en vigor del Código en 2004, responde en lo esencial a su absoluta adhesión al principio acusatorio. El mismo que se materializa en un proceso penal compuesto por una etapa de investigación presidida por la flexibilidad, la eficacia y la racionalización; una fase intermedia dirigida a calificar la investigación preparatoria; y, por último, el enjuiciamiento, la etapa principal del proceso, regida por los principios de unidad y concentración.

En este escenario, el Ministerio Público adquiere funciones de especial relevancia que no se ciñen a la coordinación y a la dirección de la actividad procesal, pues comprenden también cruciales cuestiones para el curso del proceso, tal y como sucede cuando promueve la finalización de la investigación en aplicación del principio de oportunidad, cuando alcanza acuerdos con el imputado para concluir el proceso en la fase de diligencias preparatorias y, por último, cuando tras la acusación, la defensa acepta los cargos imputados, como sucede en la *conformidad*.

Entre las nuevas atribuciones del Ministerio Público, suscita una especial atención aquella relacionada con la conformidad que, como se desprende del diseño legislativo, primero, y se confirma en el acuerdo plenario 5-2008/CJ-116, posteriormente, se construye sobre la base del modelo español[2]. Esta referencia al derecho español resulta inquietante, pues en la actualidad no existe un modelo de conformidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante LEC); sino cuatro variantes, cada una de ellas con rasgos peculiares y prácticas judiciales que se distancian de la legalidad. Debido a esta circunstancia y a fin de hacer patente los problemas de los que adolece actualmente el modelo español, expondré brevemente el panorama legal de la conformidad española y la preocupante práctica forense en la que ha derivado. Dedicaré el apartado siguiente a presentar el modelo de conformidad que prevé el CPP peruano, haciendo hincapié en algunos de los problemas que su practica, a la vista del modelo español que sirve de referente, puede suscitar.

II. Ley de Enjuiciamiento Criminal española y sus modalidades de conformidad

La centenaria LEC de 1882 diseñó el instituto de la conformidad en los artículos 655 y 688, en el marco del proceso común, como la aceptación por el acusado de la imposición de la sanción más grave solicitada por la acusación, en una sentencia emitida sin previa celebración de juicio oral.

2 Tal y como reconoce el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, acuerdo plenario 5-2008/CJ-116 y San Martín, marzo, 2005, p. 39.

Esta conformidad se materializa en el reconocimiento y la voluntad de la defensa de cumplir con la pena más grave de las solicitadas por las distintas partes acusadoras —recuérdese que, en España, a la acusación del Ministerio Fiscal se suma la particular y la popular— y en ningún caso supone una confesión o un reconocimiento de los hechos, puesto que la declaración recaerá única y exclusivamente sobre la pena solicitada.

Atendiendo a esto, se contemplan dos momentos para prestar la conformidad con las acusaciones: en la fase intermedia, al formalizar la defensa su escrito de contestación al escrito de calificación de la acusación (ar4tículo 655 de la LEC) y, en el juicio oral, al inicio de las sesiones, si el imputado se confesare reo del delito (artículos 689 y 699 de la LEC). Si bien este segundo momento se presenta bajo la forma legal de una confesión, ha sido entendida por la doctrina y por la jurisprudencia como un trámite de la conformidad clásica y concebido siempre como una expresión del derecho de defensa del imputado dirigido a despejar la incertidumbre que supone el plenario.

A este modelo de conformidad, que podría calificarse de clásico, se añade, en 1988, una regulación para el proceso penal abreviado y, en 2002, una totalmente renovada para los juicios rápidos.

En el procedimiento abreviado no hay un momento para la conformidad sino hasta tres, previstos expresamente en la LEC: primero, al inicio de las diligencias previas; segundo, al finalizar estas; y, en tercer y último término, en el juicio oral. El artículo 779.1.5 de la LEC es el que en primer lugar alude a la conformidad, en concreto en el capítulo tercero dedicado a las diligencias previas, como se denomina a la fase de instrucción. Pero esta conformidad, aunque se encuentra prevista en el procedimiento abreviado, dependerá del cumplimiento de los presupuestos establecidos para la conformidad creada para los juicios rápidos (determinados delitos cometidos en flagrancia, cuya pena no sea superior a cinco años, se cuenta con el atestado policial y el sospechoso ha sido detenido o citado a declarar, se prevé una instrucción sencilla) y supondrá la conversión de las diligencias previas del abreviado en las diligencias urgentes (denominación de la instrucción en los juicios rápidos).

El segundo momento en que puede concretarse una conformidad se presenta cuando el juez de instrucción que tramita el asunto dispone la apertura del juicio oral a instancia de las partes y emplaza al imputado, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezca en la causa con abogado y procurador. Cumplido dicho trámite, se dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopias, a los designados como acusados y terceros responsables en los escritos de acusación, quienes dispondrán de un plazo común de diez días para presentar el escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas.

En dicho escrito, según establece el artículo 784. 3 de la LEC, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación según las reglas que estipula el artículo 787 de la LEC, con dos singularidades en cuanto al momento y la forma. En cuanto al momento para prestar la conformidad, la regulación del procedimiento abreviado contempla dos posibilidades: primero, que pueda manifestarse en el plazo de los diez días concedidos al acusado para presentar el escrito de defensa y segundo, antes de la celebración de las sesiones del juicio oral. Sobre la forma de esta conformidad, cuando se presenta dentro del plazo de diez días, se prestará en el propio escrito de defensa, que suscribirán el abogado y el acusado y, si es antes de la celebración de las sesiones, dicha conformidad se materializa en un nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmarán las partes acusadoras y el acusado junto con su letrado.

Y el tercer momento para la conformidad en el procedimiento abreviado hace su aparición en la fase inicial del juicio oral (artículo 787 de la LEC), concretamente, antes de dar comienzo a la práctica de la prueba; momento en el cual la defensa, con la conformidad del acusado, podrá pedir al juez o tribunal que proceda a dictar sentencia de acuerdo con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presentará en el acto.

Por su parte, la conformidad en los juicios rápidos (artículo 801 de la LEC) se celebra en las primeras actuaciones de la instrucción y atribuye el pronunciamiento de la sentencia al juez de instrucción de guardia quien, tras controlar la legalidad del acto, dicta sentencia condenatoria en la que premia la conformidad del acusado con una rebaja de un tercio de la pena[3] instada por la acusación y, además, de considerarlo oportuno, aplica la sustitución de la pena o la suspensión condicional de la misma.

A esta secuencia de momentos en los que puede prestarse la conformidad, tanto en el proceso ordinario cuanto en el abreviado y los juicios rápidos, se añade otro dato significativo que distingue la conformidad en cada proceso y es que, mientras en el modelo clásico la conformidad consiste en un acto de disposición procesal y material de la pretensión penal, en rigor a un allanamiento, los modelos implantados posteriormente exigen un reconocimiento de hechos y suscitan un ámbito de negociación entre el fiscal y la defensa dirigido a evitar el juicio, a cambio de que el fiscal rebaje la duración de la pena, o en algunos casos, excluya

3 Alegada una supuesta vulneración del principio de igualdad, a la vista de los beneficios que acarrea la conformidad premiada respecto de las restantes, entendía el Tribunal Supremo que tales ventajas responden a «motivos de política tanto procesal como criminal, ni son, obviamente, aplicables a este supuesto ni puede derivarse de ello infracción alguna al principio de igualdad, al tratarse de una opción de política criminal y procesal exclusiva para aquellos procedimientos y las conductas que en ellos se enjuician, distintas de las aquí presentes» (sentencia del Tribunal Supremo del 7 de marzo de 2005).

alguno de los delitos objeto de la acusación. Esta superposición de regulaciones explica que no sea posible aludir a una conformidad sino a varias modalidades, con rasgos distintos según el proceso del que se trate, con el consiguiente y merecido incremento de su complejidad, tal y como se apreciará a continuación.

A. Crisis del modelo español

Tal y como se adelantó anteriormente, no son pocos los problemas prácticos que ha suscitado la progresiva implantación de distintas modalidades de conformidad en la LEC, que se distancian del original instituto y guardan un absoluto silencio sobre el margen de negociación o de consenso que subyace tras ellas. Como sucede en la conformidad celebrada tras decretar el juez la apertura del juicio oral, en el procedimiento abreviado, y antes de la primera sesión, cuando la ley contempla la posibilidad de presentar un escrito de calificación suscrito y presentado de forma conjunta por defensa y acusación, que inevitablemente —y lógicamente— presupone la existencia de cierto grado de acuerdo y consenso entre las partes enfrentadas.

Similar silencio guarda la ley cuando arbitra, también en el procedimiento abreviado, que antes de iniciarse la practica de la prueba, el acusado puede conformarse con el escrito de acusación que presente el fiscal en el acto, siempre que contenga pena de mayor gravedad (artículo 787.1 de la LEC). Tal y como está redactado dicho precepto, es evidente que no se presupone la existencia de una negociación previa entre las partes; sino que, por el contrario, parece concebirse una conformidad espontánea, libre e independiente puesto que no se requiere que el escrito de calificación tenga las firmas de las partes y del acusado, como sucede en la conformidad anteriormente cuestionada. Sin embargo, cierto grado de negociación entre las partes tiene que existir —aun cuando no se concrete en un acuerdo con las formalidades del precepto aludido— dado que, como se sabe, el Ministerio Fiscal se rige por el principio de legalidad y ello, no obstante, presenta un segundo escrito de acusación que, sin estar precedido de la práctica de prueba alguna, resulta más atractivo para la defensa que decide, ahora sí, conformarse.

Estos ejemplos ponen de manifiesto la existencia de una práctica forense que potencia la solución negociada del conflicto, que ha terminado por vertebrar un sistema opaco, negativo e ineficaz, que resiente la credibilidad y la confianza de los ciudadanos en la justicia[4], en el que pueden detectarse las siguientes disfunciones en los procesos penales abreviados y en los juicios rápidos:

4 Tal y como reconoce la instrucción 2/2009 (del 22 de junio), sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía.

1. Que la conformidad se celebre antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, tras el trabajo realizado por la oficina judicial para que las partes y testigos concurran a la vista[5].
2. Que se admita una modificación de la acusación para la cual no se exige ningún presupuesto y que, sin referirse a hecho distinto ni a pena más grave, puede disminuir la pena de la primera acusación con la duda sobre si la intención del fiscal no era sino inducir a la negociación con la primera acusación.
3. Que se implante la sensación de que la voluntad de no celebrar el juicio justifica la reducción de la pena y la celebración de esta —tras el rechazo de la conformidad— merece algún tipo de castigo.
4. Que el fiscal celebre el acuerdo sin haber podido acceder en el momento a datos sobre los antecedentes o las circunstancias personales o patrimoniales del acusado, con el consiguiente error sobre las consecuencias reales de la conformidad pactada.
5. Que se guarde un absoluto silencio sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de los hechos que no termina en una conformidad, que pueden servir para cuestionar la credibilidad del acusado, cuando con ocasión de su declaración en el juicio oral se retracte del precedente reconocimiento de hechos.
6. Que se lesione la imparcialidad del juez, puesto que las conversaciones entre acusación y defensa sobre los detalles de una eventual conformidad se realizan en la sala de vistas, en presencia del juez o tribunal.
7. Que se proyecte una imagen de aparente improvisación, debido a la privacidad de los acuerdos que conducen a la conformidad, adoptada en determinados casos entre juicio y juicio, a puerta cerrada, sin la intervención de los perjudicados, víctimas y acusados.

Ante esta realidad, hace ya algunos años se ha puesto el acento en la necesidad de contar con un texto legal que regule el ámbito, procedimiento y consecuencias de la conformidad[6]. Y ante la indiferencia del legislador sobre esta materia, en 2009, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía se vieron

5 Crítica del sistema que en 2002 formulaba ya Antonio Del Moral y que constituye una de las razones que justifican el protocolo y la instrucción 2/2009 (del 22 de junio) sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía.

6 En ese sentido, ver Muñoz Cuesta, 2009, p. 7; Fernández Martín & De Urbano Castrillo, 2002, p. 1; y De Urbano Castrillo, 2010, p. 6.

obligados a celebrar un «Protocolo de actuación para juicios de conformidad», que fijó reglas para la celebración de una conformidad con garantías y eficacia. Por su parte, la Fiscalía General del Estado brinda soporte a dicho protocolo, a través de la instrucción 2/2009, para establecer cauces de comunicación para tramitar y gestionar las conformidades entre las fiscalías y los abogados o, en su caso, los colegios de abogados.

III. El Código Procesal Penal y la conformidad con la acusación fiscal.

El artículo 372 del CPP, con el rótulo «Posición del acusado y conclusión anticipada del juicio», contempla la posibilidad de que el acusado, una vez dispuesta la apertura del juicio y tras ser informado de sus derechos por el juez, admita ser autor o partícipe del delito materia de la acusación del Ministerio Fiscal y responsable de la reparación civil.

Tal y como se configura por el legislador peruano, en este medio de finalización del proceso no es difícil identificar, en un primer momento, elementos comunes con el modelo tradicional español, que lo definen, en esencia, como el allanamiento del acusado a la sanción solicitada por la acusación en sentencia emitida sin previa celebración de juicio oral. Pero una lectura íntegra del precepto revela que el allanamiento a la pena comprende el reconocimiento de hechos y la posibilidad de un espacio para el consenso entre el fiscal y el acusado, cuando la conformidad no prospera debido a una discrepancia sobre la pena.

Para analizar el modelo, se dedicará un primer apartado a concretar el papel del fiscal en la conformidad y posteriormente se abordarán sus rasgos característicos, poniendo el acento en los problemas que pueden presentarse en la práctica ante los tribunales peruanos.

A. Fiscal y conformidad

La LOMP y el CPP de 2004 consagran el principio de legalidad como rector de la actividad del fiscal, en virtud del cual ha de actuar en el proceso penal con independencia de criterio, adecuando sus actos a un criterio objetivo y rigiéndose únicamente por la Constitución y la ley.

Se trata del sometimiento a la ley que informa las funciones del fiscal y delimita su margen de actuación, de modo que estará obligado a ejercer la persecución penal contra toda persona sospechosa de un acto delictivo y, dentro de esa obligación, a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el éxito de la investigación y acusar, si es que se cumplen todas las condiciones.

Sin embargo, el principio de legalidad no es ejercido de forma absoluta; pues en el CPP se prevén los principios de oportunidad y de consenso, con una moderada intensidad y extensión, lográndose que convivan con los principios de presunción de inocencia, búsqueda de la verdad material, contradicción e igualdad de armas. De este modo, el principio de oportunidad no prevalece ni sobre la obligación de iniciar una investigación criminal ni sobre la obligación de acusar, pues la abstención de ejercer la acción penal de la que puede hacer uso el Ministerio Público no depende de su discrecionalidad sino que está limitada a los casos y las condiciones expresamente previstos en el CPP. Por su parte, el principio de consenso tiene su exponente en el proceso especial de terminación anticipada, en el que fiscal e imputado pueden celebrar un acuerdo en la fase de la investigación preparatoria, acerca del hecho punible, de la pena, de la reparación civil y de las consecuencias accesorias, sobre la base de las diligencias realizadas hasta el momento y sometiendo el acuerdo al control judicial.

Pero la conformidad, si bien se informa en cierto sentido del principio de consenso, está esencialmente perfilada por el principio de adhesión, como se reconoce en el acuerdo plenario 5-2008/CJ-116 de la Corte Suprema peruana, donde se define a la conformidad como el acto unilateral del imputado y su defensa, por el que se reconocen los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y se aceptan las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes[7].

En este diseño, no obstante, entra en juego cierto margen de negociación cuando fiscal y defensa pueden conferenciar para llegar a un acuerdo sobre la pena. Esta potestad negociadora que se atribuye al Ministerio Público debe ser ejercida dentro del respeto al principio de legalidad. Si pronunciada la acusación, el fiscal y el acusado tratan de acercar posiciones; el fiscal puede rebajar la petición de responsabilidad penal en aquellos casos en los que la amplitud del marco legal lo permite, mas en ningún caso parece razonable que suprima agravantes que, hasta conocer la voluntad del acusado, consideraba que concurrían. En este acercamiento de posiciones, el acusado efectuará una previsión de cuál puede ser el resultado del juicio, que puede ser más o menos incierto debido a la contradicción entre los actos de investigación realizados y su resultado probatorio en un eventual juicio, en la existencia únicamente de indicios que acrediten su inocencia[8], etc.

Tal y como está diseñada la conformidad en el CPP, entendida como un medio para poner fin al proceso, puede concluirse que, trátese de la conformidad absoluta o de la relativa, consiste siempre en un allanamiento con el núcleo esencial del

7 Como se define en el acuerdo plenario 5-2008/CJ-16, fundamento 7.

8 Córdoba Roda, 2012, p. 5.

objeto del proceso[9], que supone que el acusado no solo se allana a su condición de acusado, sino también a la descripción de los hechos establecida en la acusación. Ahora bien, el espacio para la discusión y la concurrencia de voluntades se abre únicamente para las consecuencias penales del delito, que como es sabido, no integran el objeto del proceso. Por todo lo anterior, el acuerdo a que lleguen el fiscal y el acusado no implica violación alguna del principio de legalidad, siempre que la penalidad acordada se ajuste a los cánones dosimétricos imperativamente establecidos en el CP. Para concluir con este punto y tras realizar las precisiones anteriores, es importante reconocer que la culminación de los juicios mediante una sentencia de conformidad contribuye a una administración de justicia mejor; en tanto la reducción del tiempo, esfuerzo y recursos que experimenta el fiscal permite dedicar un tiempo razonable y proporcional a los enjuiciamientos de mayor gravedad y complejidad en los que debe defender su acusación.

B. Clases de conformidad

1. Conformidad absoluta

Se denomina conformidad absoluta al allanamiento realizado por el acusado, cuando admite ser el autor o partícipe del delito y responsable de la reparación civil, sin oponer ningún tipo de objeción; tras lo cual, el juez declara la conclusión del juicio y, en el acto o en las siguientes cuarenta y ocho horas, dicta la correspondiente sentencia.

2. Conformidad diferida

Esta modalidad de conformidad está condicionada a que el fiscal y el acusado, por sí o a través de su abogado, se pongan de acuerdo sobre la pena. Para esto, se exige que el acusado o su defensa soliciten al juez conferenciar con el fiscal y el juez disponga la suspensión del juicio.

La lectura del apartado segundo del artículo 372 del CPP suscita una primera interrogante: si, de la misma manera como el fiscal y el acusado pueden ponerse de acuerdo sobre la pena, también pueden hacerlo sobre la reparación civil solicitada en la acusación. Una interpretación literal del precepto abona por una respuesta negativa, pero una interpretación sistemática puede conducir a otra diferente.

Para despejar esta duda, es preciso recordar que la acumulación de la acción civil en el proceso penal supone que el juez aplique simultáneamente dos ordenamientos jurídicos con estructuras muy distintas: mientras en la persecución de *ius punendi*

9 González Navarro, 2004, p. 48.

opera el principio de oficialidad, la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en el Código de Procedimientos Civiles. Mientras la acción penal es pública, necesaria e irrevocable, la civil es privada, facultativa y revocable. De igual modo, distintos son también los fines a que se dirigen una y otra: mientras la acción penal se orienta a la punición del culpable y a la restauración del orden social perturbado por el delito, la civil persigue la reparación del daño patrimonial que, a consecuencia del hecho punible, ha sufrido el perjudicado[10].

Precisamente por su carácter dispositivo, entiendo que, si se habilita un espacio de consenso para tratar la pena merecida por el acusado, más aún debe articularse un ámbito para concretar el perjuicio ocasionado, cuando esta sea la objeción del imputado. Sentada la distinta naturaleza de la pretensión civil y de la penal, si sobre la pena procede la negociación, no cabe duda que tratándose de la reparación civil ese espacio se da por supuesto, dado su carácter y naturaleza dispositiva.

Admitida esta posibilidad, la siguiente pregunta que ha de responderse es quién es el interlocutor del acusado, cuando de la responsabilidad civil se trata: el fiscal o el actor civil. Puede apreciarse que el CPP establece que la legitimación para el ejercicio de la acción civil por el fiscal cesa cuando el perjudicado por el delito se constituye en actor civil e interviene en el objeto civil del proceso formalizando su pretensión civil, lo que se corresponde con el derecho del actor civil a ofrecer medios de investigación y de prueba para determinar el daño ocasionado y acreditar la cuantía de la responsabilidad civil. Ahora bien, ello sin embargo no es suficientes; pues, tal y como configura el CPP, el escrito de acusación, pese a la constitución del actor civil, corresponde siempre al fiscal determinar el monto de la reparación civil en su acusación y sustentarlo en la audiencia preliminar[11], sin perjuicio del derecho del actor civil a objetar la reparación civil o reclamar su incremento (artículo 350).

En este escenario, resulta evidente que la discrepancia que el acusado pueda tener con la responsabilidad civil tendrá que discutirse con el fiscal; pero no cabe duda que este no podrá fijar una cantidad que, siendo susceptible de ser admitida por el acusado, no cuenta con el visto bueno del actor civil y ello, porque como se ha afirmado anteriormente, el actor civil es una parte procesal activa y la única legitimada para un acto de disposición, tal y como se dispone en los artículos 13 y 14 del CPP. Es cierto que el precepto que autoriza la transacción señala que esta ha de formalizarse ante el juez de la investigación preparatoria, fase superada ya

10 Aranguena Fanego, 1991, p. 232.

11 En ese sentido, ver el acuerdo plenario 02-2008 de los juzgados penales de investigación preparatoria del distrito judicial de La Libertad, del 14 de julio de 2008.

cuando de la conformidad se trata; pero entiendo que esto no es óbice para que el poder de disposición pueda ejercitarse tras el inicio del juicio oral, cuando existe para la pena y acarrea, además, la ventaja de prescindir del trabajo que demanda la celebración del juicio oral.

Por todo lo expuesto, entiendo que el actor civil debe intervenir siempre que se arbitre un ámbito de negociación entre el acusado y el fiscal en torno a la responsabilidad civil; pues, de alcanzar un acuerdo, el proceso llegaría a su fin con la sentencia de conformidad.

3. Conformidad parcial

Frente al fenómeno de la pluralidad de acusados, el CPP dispone, sin matiz alguno, que en caso de ser varios acusados, uno de ellos pueda conformarse y ser condenado mientras se continúa el juicio para el resto. Esta opción del legislador peruano se distancia, sin duda, del modelo español donde la regla es que, si son varios los acusados y alguno no se conforma, debe proseguirse el juicio incluso para el que se conformó, en virtud de la inescindibilidad del proceso penal, salvo que pudiera dividirse el objeto del proceso[12].

Las cautelas que adopta el sistema español surgen del contrasentido que supone que un mismo hecho se considere cierto y probado para algunos, gracias a la conformidad; e incierto por el resultado de las pruebas para los que continúan el juicio. Por ello, se considera que la sentencia de conformidad que no abarque a la totalidad de imputados es susceptible de atentar, por un lado, contra el derecho a la presunción de inocencia de aquellos acusados disconformes, que podrían verse perjudicados por las declaraciones de los conformados; y, por otro, contra la cosa juzgada, si el hecho que sirvió de base para la condena de los conformados se considera inexistente para los no conformados[13].

Para evitar esta situación, según la práctica judicial española, solo cabe aceptar la conformidad cuando, siendo varios los acusados por varios delitos, es viable dividir el objeto del proceso y enjuiciar la causa de un modo independiente; de este modo y en aras de la simplificación y aceleración del procedimiento, el juez desacumula los delitos conexos cuando existan elementos que permitan el enjuiciamiento independiente de cada uno de los imputados[14]. A nadie escapa que esta solución podría acarrear juicios contradictorios y una posible vulneración a la cosa juzgada,

12 Armenta Deu, 2009, p. 220.

13 En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia del 27 de julio de 1998, según la cual no cabe la conformidad de algunos acusados, ni que aquellos declaren después de conformarse como testigos.

14 En ese sentido, Mira Ros, 1998, p. 373.

de modo que solo sería eficaz en aquellos casos en que la averiguación de los hechos no resulte entorpecida, en modo alguno, por la formación de las piezas separadas.

Aplicadas las anotadas cautelas al diseño de la conformidad del CPP, entiendo que, para decidir si unos acusados pueden ser enjuiciados de un modo independiente, tendrá que analizar el juez si la supresión del nexo o elemento común que une los hechos o a los acusados no lesiona la presunción de inocencia ni supone una vulneración de la cosa juzgada o del *non bis in idem* respecto del delito o del acusado que no es objeto de conformidad. En consonancia con lo anterior, ante la pluralidad de acusados, podrá celebrarse la conformidad por uno o algunos siempre y cuando los delitos objeto de la acusación, entre los que concurren algunas de las causas de conexión, puedan tramitarse de un modo independiente.

En este punto, el CPP consagra cuatro casos de conexión en el artículo 31. Primero, la conexidad subjetiva, que se presenta en tres supuestos: a) cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos; b) cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible; y c) cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes. En segundo lugar, la conexidad objetiva concurre cuando: a) los delitos son cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución; y b) los delitos son cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. En tercer lugar y como conexidad mixta o analógica, se conoce a los delitos que se imputan a una persona al incoarse contra ella causa por cualquiera de ellos, si tuviera analogía o relación entre sí, a juicio del tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciada. Finalmente, como último supuesto de conexión, se considera la imputación recíproca que determina la procedencia de la acumulación de dos instrucciones seguidas contra personas que tienen la condición jurídica de denunciantes en una instrucción y de imputadas en otra, si dichas instrucciones se refieren a hechos ocurridos en un mismo lugar y al mismo tiempo.

Ahora bien, los delitos conexos siempre pueden ser enjuiciados por separado porque responden a hechos delictivos diferentes, aun cuando existan entre ellos vínculos de conexidad, y es que el efecto primordial de la conexión es que un proceso penal que tenga varios objetos pueda enjuiciarlos en un único procedimiento. Como ha declarado el Tribunal Supremo español, la conexidad es, *prima facie*, una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos; pero no implica —a diferencia de cuando se trata de un hecho único— la necesidad de esa indivisibilidad.

Si bien la tramitación y decisión conjunta de delitos conexos es conveniente a efectos procesales, puesto que resulta menos complicado comprender la calificación jurídica de los hechos, con la consiguiente ventaja para la investigación

o la ejecución de las condenas[15], no es menos cierto que dicho enjuiciamiento conjunto en la práctica puede no resultar rápido ni fácil.

En suma, la opción del legislador peruano parece ser la de arbitrar la posibilidad del enjuiciamiento separado de los delitos conexos, en el convencimiento de que la conformidad de alguno de los acusados no tiene que generar sentencias contradictorias; sino que, en cada proceso, se tendrá la libertad de apreciar de distinta manera el elemento de coincidencia[16]. El problema, sin embargo, estriba en que el CPP no introduce ninguna precisión sobre aquellas circunstancias en las que no debe admitirse la conformidad de solo alguno de los acusados, como puede suceder cuando los hechos configuren un concurso ideal o cuando, concurriendo un supuesto de conexión, el enjuiciamiento separado se presente complejo.

Adviértase cómo, en el caso del concurso ideal, si conformado el acusado se dicta la correspondiente sentencia condenatoria, sobre este existirá un hecho cierto mientras que para los restantes será incierto. Y tras ser juzgado, podrá ser llamado al posterior proceso y declarar; entiendo que como testigo, por los mismos hechos sobre los que se conformó[17]. La lesión de la presunción de inocencia que supondría para los que no se conforman resulta evidente.

Cuando concurren los supuestos de conexión, tampoco parece siempre viable admitir una conformidad parcial. Piénsese en el supuesto en que varios acusados concurren en una misma causa acusados de uno o más delitos habiendo mediado concierto para ello o auxilio anterior o simultáneo a la ejecución del hecho por los autores. Si alguno decide conformarse mientras el resto se niega, la conformidad supondrá segregar una parte de la causa para convertirla en firme y decretar la continuación del juicio respecto del resto, de forma que el acusado confeso declarará a partir de entonces como testigo. Esta posibilidad, como la anterior, divide artificialmente la continencia de la causa y proyecta indefectiblemente la culpabilidad asumida sobre la participación en los hechos de los acusados no confesos. Es evidente que, en casos de esta naturaleza, la prohibición de la conformidad parcial se presenta como inevitable[18].

El silencio del CPP en torno a la pluralidad de partes en la conformidad contrasta con el tratamiento que, de la misma situación, se realiza en el proceso de terminación anticipada. Dicho proceso, como es sabido, permite que el fiscal y la defensa lleguen a un acuerdo en la fase de instrucción, con el ulterior beneficio

15 Gómez Colomer & González Cussac, 1999, pp. 69 y ss.

16 De la Oliva Santos & otros, 2002, p. 230.

17 Pleno jurisdiccional, sala 2.a, sentencia del Tribunal Constitucional, del 16 de diciembre de 2008.

18 Molina Gimeno, 2010, p. 3.

de una sexta de parte de la pena, si es que el juez de la investigación preparatoria aprueba el acuerdo. Y en los preceptos que vertebran dicha institución, se prevé el fenómeno de pluralidad de partes, pero condicionado a que pueda concluirse la instrucción mediante un acuerdo entre el fiscal y los imputados; de modo que, si son varios los imputados o hechos punibles, será necesario el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos que se incrimine a cada uno. Cabe, sin embargo, que el juez pueda aprobar acuerdos parciales siempre y cuando la falta de acuerdo se refiera a delitos conexos y en relación a otros imputados, salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable (artículo 469 del CPP).

Entiendo que el tratamiento diferenciador responde a los distintos momentos procesales en los que puede acordarse una y otra institución. Mientras en la acusación los hechos descritos por el fiscal son fruto de la investigación preparatoria, en la que se han practicado diligencias a fin de comprobar si los hecho son constitutivos de delito y si debe abrirse juicio oral para enjuiciarlos; en la sentencia que pone fin a la investigación preparatoria puede solo contarse con la declaración del imputado y con un canon de verosimilitud sobre unos hechos que carecen de sustento probatorio alguno.

Vistas las cautelas del CPP para la terminación anticipada, considero que, en el caso de la pluralidad de acusados, el criterio que ha de seguir el juez para admitir una conformidad parcial en el juicio pasa por comprobar que no se pone en peligro el enjuiciamiento o que el enjuiciamiento conjunto no resulta indispensable.

C. Momento procesal

Establece el artículo 372 del CPP que la conformidad se formaliza al inicio del juicio oral, después de la instrucción judicial sobre los derechos del acusado y, en concreto, tras ser preguntado si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil.

El momento elegido para celebrar la conformidad puede resultar inconveniente, cuando se analiza desde la óptica de la economía procesal. Piénsese que el espíritu del Código es que el juicio se celebre en una sesión, lo que significa que el primer día, cuando se presenta el acusado y formaliza su voluntad de conformarse, también han comparecido los testigos, peritos, intérpretes y cualesquier otro interviniente citados por el juzgado, salvo que se haya previsto que, por la complejidad del asunto, sean citados en sesiones posteriores. Pero en lo sustancial, es posible que el desplazamiento de todos los comparecientes y el esfuerzo del juzgado en citarlos sean en vano, pues el acusado ha decidido ejercer su derecho a conformarse con la acusación (que conoce hace ya un tiempo y que recién hará patente en el juicio oral). Quizás hubiese debido arbitrarse una suerte de aviso al tribunal por parte del

acusado, sobre su voluntad de conformarse, para que habilite una sesión dedicada únicamente a determinar si procede o no dictar la sentencia de conformidad.

Relacionado con lo anterior, se presenta otra cuestión sobre qué debe decidir el juez si en el momento de la practica de la prueba el acusado recién declara su conformidad con la acusación. Esta declaración puede ser ejercida en el marco del derecho del acusado a ser oído en cualquier estado del juicio y entiendo que, pese a no ser el momento previsto en la ley, no debería haber impedimento alguno en promover, en ese momento, la conformidad, si se trata de una conformidad total y supone finalizar con el procedimiento. Distinto parecer se expresaba en el acuerdo plenario 5-2008/CJ-16, en el que solo era viable tal posibilidad si, respondía a vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Así se consideraba que, si se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al periodo probatorio; pues una solicitud de conformidad tardía responde a una conducta fraudulenta o especulativa.

En mi opinión, si la conformidad se fundamenta en razones utilitarias y de economía procesal, la conformidad pronunciada en un momento posterior al determinado en la ley —por ejemplo, en la fase probatoria—, supondrá prescindir del resto de la prueba y de los informes finales, con el consiguiente ahorro de recursos y tiempo para todos los operadores jurídicos. Abona en favor de esta interpretación el hecho de que el CPP no prohíba una segunda conformidad, como sucede en el proceso de terminación anticipada, donde prevé expresamente la imposibilidad de celebrar la audiencia de terminación anticipada en más de una ocasión (artículo 468.1).

D. Ámbito de aplicación

En relación con el ámbito de aplicación de la conformidad, el CPP no establece un criterio material ni uno cuantitativo, cuando se trata de precisar los casos en los que puede ser acordada la conclusión anticipada del juicio.

No existe una norma que excluya determinados delitos del beneficio de la conformidad ni tampoco —como sí sucede en la conformidad española— un límite máximo de la pena objeto de acusación, superado el cual no es posible allanarse.

En suma, a la conformidad podrá acogerse el procesado por cualquier delito, siempre y cuando cumpla con los trámites que establece dicha regulación. Esta fórmula abierta del CPP de 2004 se distancia del modelo previsto en la ley 28122, que contemplaba un modelo de conformidad —denominado «conclusión

anticipada de la instrucción»— para los delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga, siempre que el imputado hubiese sido descubierto en flagrancia, el Ministerio Fiscal haya intervenido en la investigación policial o el imputado hubiese prestado confesión sincera.

E. Sujetos legitimados

El sujeto legitimado para instar y, en su caso, formalizar la conformidad es el acusado, previa consulta con su abogado.

También y como sucede en el *patteggiamento*, existe una exclusión de la víctima y del perjudicado que responde, sustancialmente, al modelo acusatorio diseñado por el legislador peruano que, como el italiano, atribuye el monopolio de la acusación al Ministerio Público.

Esta opción, cuando de la conformidad se trata, resulta acertada. Piénsese, por un lado, que el Ministerio Público, en tanto que sometido a los principios de legalidad e imparcialidad, tiene atribuida la defensa del interés público y de los derechos de los ciudadanos. Por otro, que la posición del perjudicado es distinta; pues actúa normalmente impulsado por hipotéticos sentimientos de venganza, así como por intereses económicos. De tal suerte que su intervención en el tramite de conformidad podría derivar en la puesta a disposición de los perjudicados de un arma con la que poder ejercer presiones al acusado a fin de que satisfaga o, cuando menos, acepte la indemnización reclamada en concepto de reparación civil[19].

Tal cautela, sin embargo, no significa que el actor civil deba ser apartado de toda discusión en torno a la conformidad. Lo conveniente sería que el actor civil intervenga en un eventual acuerdo entre el fiscal y el acusado, cuando se cuestiona solo una de las pretensiones de la acusación, cual es la responsabilidad civil, de la que es único titular como se ha explicado en el apartado 3, al tratar la conformidad diferida.

F. Control judicial de la conformidad

Tras el allanamiento del acusado a la acusación, el juez asume el encargo de realizar un control de la conformidad, después del cual pronunciará oralmente la sentencia.

En este punto, resulta oportuno plantear cuál es el grado de sujeción que mantiene el órgano judicial con el allanamiento prestado por el acusado. En correlación con la definición de la conformidad y tal y como el CPP peruano lo configura, el juez no debiera tener, en principio, más posibilidad que la de un

19 Ver Mira Ros, 1998, p. 416.

control sobre la calificación, la pena y la voluntad del acusado, a los efectos de evitar el fraude o simulación procesal. A su análisis se dedicarán los siguientes apartados.

1. El control sobre la calificación y la pena

Sobre el control de la calificación y la pena aceptada por el acusado, el CPP peruano establece el principio de vinculación; pero prevé expresamente dos casos en los que el juez puede apartarse del acuerdo. Primero, cuando el juez considera que los hechos no constituyen delito y, segundo, cuando resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúe la responsabilidad penal y, en estos casos, dispone que el juez dicte sentencia en los términos en los que proceda.

Ambas situaciones responden al tradicional principio *aura novita curia*[20] sustentado en la aplicación del principio de legalidad penal; en virtud del cual, la actuación jurisdiccional está sometida a la ley[21]. Y en consonancia con esto, el juez está siempre obligado a verificar que tanto la calificación cuanto la pena aceptadas se corresponden con las previstas legalmente, que la pena se ajuste a los parámetros, mínimo y máximo. De manera que podrá advertir errores en la calificación de los hechos, en el grado de participación del sujeto en la comisión del delito y en la eventual concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

En la práctica, dicho examen puede recaer en aquellas situaciones en las que del relato de los hechos de la acusación resulte la aplicación de una figura delictiva o de una forma de participación distinta o no se determine con precisión a qué supuestos de hecho se refiere el tipo penal invocado, en caso contemplara más de uno. Puede ocurrir también que de los hechos aceptados se desprenda la existencia de un tipo privilegiado no tenido en cuenta, de un concurso de leyes, o de un delito continuado o de un concurso ideal de delitos, no apreciados por la calificación de la acusación.

No precisa el CPP cómo ha de proceder el juez cuando identifique los errores sobre la calificación anteriormente mencionados. Entiendo que, en caso de que el juez considerase que la calificación no es conforme a la ley, no podrá, en ningún caso, dictar sentencia en los términos en los que estime correcto. Deberá comunicar el error al Ministerio Público y requerirle a fin de que modifique su acusación; tras lo cual corresponde al juez preguntar nuevamente al acusado si admite los hechos y la pena. Si no lo hiciera o si el acusado no se manifestara conforme con esta segunda calificación, habrá de disponer la continuación del juicio.

20 En ese sentido, ver De Diego Diez, 1997, p. 367.

21 Según Illuminati (2008, p. 160), en tanto exista control no puede hablarse de una transacción.

Con esta opción, se garantiza el cumplimiento del derecho a un juez imparcial y de los principios de audiencia y de contradicción. Pero no ha faltado quien considere que, junto con el requerimiento del juez advirtiendo tal error, este debe además sugerir la calificación que considere correcta[22]. En mi opinión, esta posibilidad lesiona el principio de imparcialidad judicial que, entiendo, el código busca preservar.

Cuando se trata del control de la pena aceptada, el juez valorará que no se superen los mínimos y máximos, que se encuadre dentro de los parámetros que fija el tipo penal y respeten globalmente las reglas generales de individualización penal, sin incurrir en violaciones del principio de proporcionalidad de la pena respecto del hecho concreto[23].

Discutible, sin embargo, resultará el intento de control judicial sobre la opción legalmente prevista entre dos clases de penas, o la determinación concreta de la penalidad con arreglo al concurso de diversas circunstancias y a la mayor o menor gravedad del hecho. Cuando la pena postulada en el allanamiento se adecua a la legalidad, debe ser acogida por la sentencia en su concreta naturaleza y medida puesto que es acorde con la calificación mutuamente aceptada. La discrecionalidad del órgano judicial resulta incompatible con la conformidad[24].

Un tema sobre el que no ha de existir polémica concierne al grado de sujeción que debe mantener el juez respecto del relato fáctico, sobre el que no podrá ni adicionar ni omitir hechos fijados en la acusación[25]. Su control entraña un juicio jurídico que se proyecta sobre una descripción de los hechos que el juez no ha efectuado y que no puede entrar a valorar. En consecuencia, resultará discutible que el juez se pronuncie sobre la no existencia de pruebas, pues la acusación ha determinado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba, sino una previa investigación que sustenta el relato elaborado por el fiscal.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo español al rechazar la posibilidad de que puedan ser introducidos nuevos hechos con relieve penal en la sentencia debido, en primer lugar, a que tales hechos no han sido objeto de debate y prueba; en segundo lugar, a que tratándose de una conformidad no habría sido posible tal debate; y, en tercer lugar, a que se provoca la indefensión de las partes frente al tribunal sentenciador.

22 González-Cuéllar Serrano, 2003, p. 8.

23 San Martín, 2006, p. 1391.

24 Cfr. De Diego Diez, 1997, p. 375.

25 Tal y como establece el acuerdo plenario, los hechos vienen definidos, sin injerencia de la sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa (fundamento 9).

Surge sin embargo una duda en torno a cómo debe proceder el juez cuando del examen de las actuaciones se ponga de manifiesto la existencia de circunstancias fácticas favorables al acusado, no ya no calificadas jurídicamente de forma acertada, sino ni siquiera descritas como hechos por la acusación. En esta situación, se propone que, dado que el Estado de derecho atribuye a juzgados y tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional e impide la renuncia al principio de protección jurisdiccional de la libertad, sea el órgano judicial quien se asegure, en el ejercicio de dicha potestad, que se tomen en consideración todas las circunstancias favorables que se desprenden del examen de los autos[26] y ello supone poner en conocimiento del fiscal, titular de acusación, un eventual hecho no valorado. Esta solución no se distancia del espíritu del CPP cuando, en el artículo 397, reconoce que la sentencia solo podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado.

Para concluir con este punto, resulta evidente que el control que realice el juez solo alcanzará a la corrección de la calificación y la procedencia de la pena, en rigor, un control de legalidad exclusivamente jurídico. De modo que la conformidad prestada por el acusado no vincula de un modo absoluto al juez o tribunal sentenciador.

2. Control sobre la voluntad del acusado

La conformidad entraña el consentimiento del acusado a someterse a una sanción, como una manifestación autónoma de la voluntad y del ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamado en el artículo 2 de la Constitución peruana.

Pero ello no impide, sin embargo, que exista un control subjetivo sobre la inteligencia y la voluntariedad de la declaración de conformidad.

La inteligencia de la declaración consiste en comprobar, primero, la comprensión de la naturaleza de los cargos objeto de la declaración de conformidad; segundo, la comprensión de las consecuencias penales de la declaración de conformidad con la pretensión punitiva; y, tercero, la comprensión de los derechos constitucionales afectados por la declaración de conformidad.

Por su parte, la voluntariedad de la conformidad obliga al juez a comprobar que su aceptación no encubre ningún tipo de promesa indebida, amenazas u otro medio de coacción, a advertir al acusado que es libre de aceptar o no la propuesta y a señalarle de que la conformidad, si bien supone el allanamiento a la acusación

26 González-Cuéllar Serrano, 2003, p. 8.

solicitada, entraña también una aceptación de los hechos que no podrá negar posteriormente.

G. La sentencia de conformidad

La sentencia que recoja el acuerdo entre el fiscal y el acusado tendrá que cumplir con la observancia de motivación exigible a toda sentencia, especialmente una condenatoria. Como ha precisado el acuerdo plenario 5-2008/CJ-16, la sentencia tendrá que reproducir el relato de los hechos de la acusación sin apreciar prueba alguna. No solo porque no existen pruebas, al no haberse celebrado el juicio; sino, además, porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autorizan a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción.

Un tema que no aborda el CPP es el de los efectos que la sentencia de conformidad puede tener en otros ámbitos y que el ordenamiento italiano sí calibra al establecer que la sentencia de *patteggiamento* y la condena que entraña no extenderán sus efectos en procesos civiles o administrativos que pudiesen entablarse. De ese modo, una sentencia de *patteggiamen*to no constituye un presupuesto de asunción de la responsabilidad penal requerido para poder despedir a un trabajador, si se proyectara iniciar un proceso laboral en su contra o, tratándose de un inmigrante, debiese incoarse un expediente de expulsión.

IV. Reflexión final

El CPP peruano ha conseguido vertebrar un ámbito de consenso en el sistema procesal penal en el que, modulando su intensidad, conviven principios tales como la presunción de inocencia, la búsqueda de la verdad material, la contradicción y la igualdad de armas, de la mano de una gestión eficiente de la justicia. Su vigencia contribuirá, de forma indirecta, a preservar la vigencia de principios que el consenso y la adhesión terminan por excepcionar o menguar, tal y como sucede con la oficialidad, legalidad y necesidad.

Es un hecho cierto que la reducción de costes no puede erigirse como fin último ni prioritario del sistema procesal. Pero negarse a adoptar medidas en este sentido supone también legislar en un escenario irreal que no toma en consideración las implicaciones económicas en un sector, como el de la administración de justicia, con recursos económicos limitados[27]. No cabe rendirse al modelo transaccional americano, pero tampoco rechazar un espacio de consenso que redunde en la

27 Cfr. Bachmaier Winter, 2008, p. 44.

agilidad y celeridad, siempre y cuando no se desarrolle hasta el extremo de privatizar las bases de la actuación de la justicia penal[28].

En consonancia con lo anterior y para concluir, lo que no resulta razonable es negar la vigencia del principio de consenso, como ocurre en el proceso penal español, y mantener el silencio sobre los acuerdos y pactos que se celebran todos los días en los juzgados y tribunales con un amplio margen de discrecionalidad e inseguridad para las partes. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional alemán al defender la legitimidad del *Absprachen*, la seguridad de los ciudadanos y la confianza que debe inspirar la efectividad de las instituciones son razones que justifican la terminación del proceso tras un acuerdo entre las partes[29].

28 Como advierte Illuminati (2008, p. 160).

29 *Bundesverfassungsgericht*, 27 de enero de 1987.