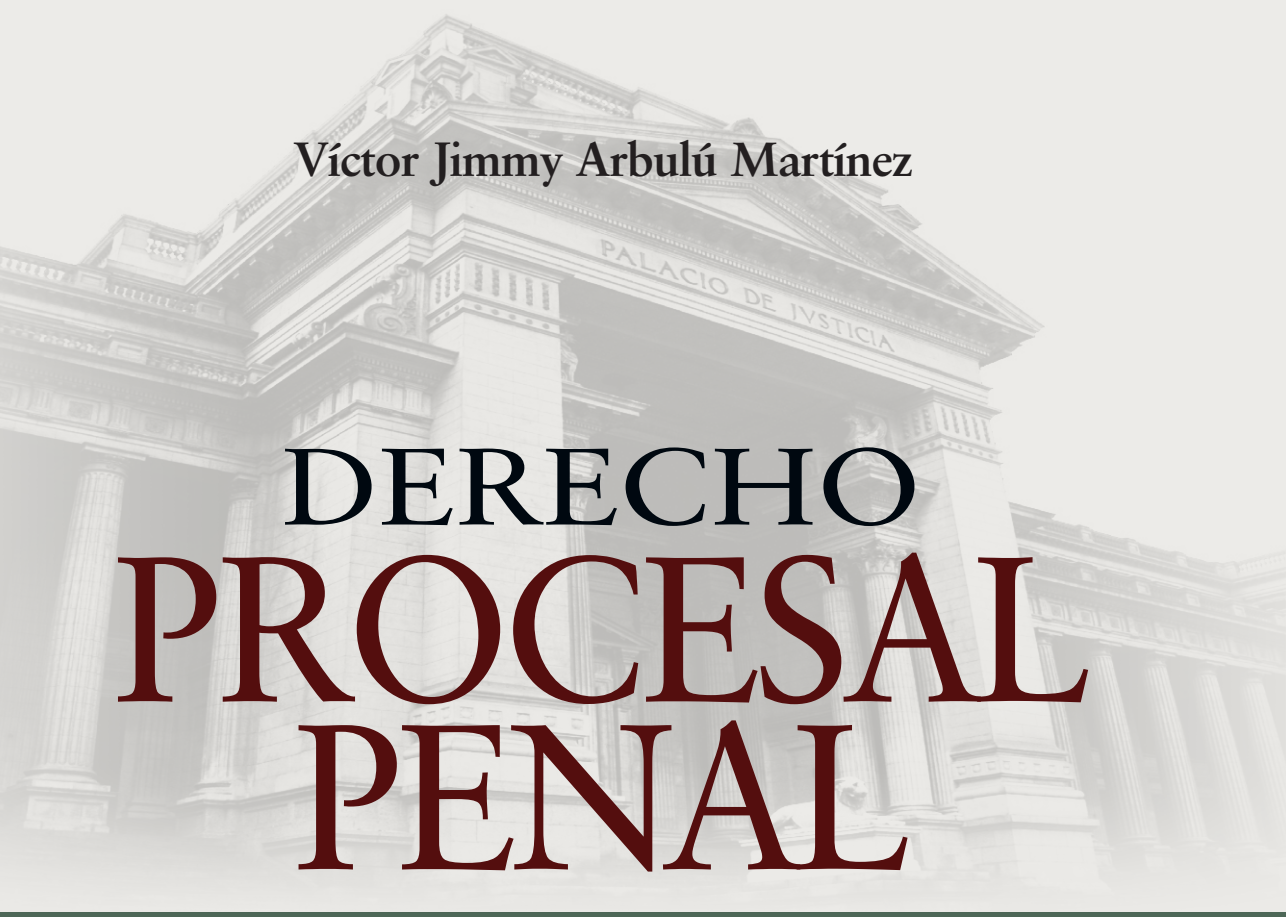
Víctor Jimmy Arbulú Martínez



DERECHO PROCESAL PENAL

Un enfoque doctrinario y jurisprudencial

TOMO I

GACETA JURIDICA

DERECHO PROCESAL PENAL.
UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Víctor Jimmy Arbulú Martínez

DERECHO PROCESAL PENAL

Un enfoque doctrinario y jurisprudencial

TOMO I

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
PENAL
& procesal penal

DERECHO PROCESAL PENAL.
UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

TOMO I

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2015

6,140 ejemplares

© Víctor Jimmy Arbulú Martínez

© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS

D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2015-05908

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN OBRA COMPLETA: 978-612-311-249-3

ISBN TOMO I: 978-612-311-250-9

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221500512

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526-MIRAFLORES
LIMA 18-PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

Introducción

El estudio que exponemos a la comunidad jurídica tiene como pretensión razonar sobre el proceso penal vinculado al Derecho Penal sustantivo, desde un enfoque tripartito: la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

Un Derecho Procesal frio, sin ataduras con la realidad, no sirve para nada, ni para el abogado litigante, ni para el magistrado, ni para el futuro abogado. ¿Qué está detrás de cada institución procesal? ¿Cuál es el sentido de su aplicación? ¿Qué se busca en cada caso concreto? ¿La institución procesal está dentro de los cánones constitucionales? ¿Garantiza el derecho de las partes?

Este trabajo académico lo asumo con sus aciertos y con sus errores. El proceso penal tiene niveles de complejidad que exigen el permanente raciocinio sobre la finalidad de cada institución procesal. Cada vez que avanzaba en el estudio más ignorante me sentía respecto de muchas instituciones, así como del conocimiento de otros ángulos de las mismas que me explicaban las razones de su configuración y de otros cuya aplicabilidad es cuestionable. Las reflexiones plasmadas en este trabajo se basan en una ideología garantista, entendida como aquella concepción que respeta rigurosamente los derechos constitucionales de las partes, no solo del imputado, sino de la víctima y de la sociedad representada por el Ministerio Público.

El trabajo, dividido en tres volúmenes, comprende la génesis del Derecho Procesal Penal, los principios que orientan el proceso, las instituciones vinculadas al Código Procesal Penal de 2004, que es el instrumento de la actual reforma en el sistema judicial que involucra al Ministerio Público y a la Policía Nacional, las etapas del proceso penal, la investigación preparatoria y el juzgamiento, la intervención de los sujetos procesales, las medidas cautelares y los recursos impugnatorios. Se tiene como referencias de comparación el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, así como la legislación procesal americana, europea y la proveniente del Derecho anglosajón. Asimismo, se incluye un estudio sobre la cooperación judicial internacional, vinculado al Derecho Procesal y Penal Internacional, que es una materia que se encuentra incipiente en la doctrina nacional y que en nuestros días es de

suma importancia atendiendo a la necesidad de investigar en estos ámbitos por la internacionalización del delito, no solo los comunes sino los que tienen que ver con atentados contra la humanidad.

De otro lado, en la obra también se abordan las medidas cautelares, personales como reales, de un imputado que está sometido a investigación o procesamiento judicial, bajo los principios y reglas que sustentan su dictado. Se estudian, asimismo, los procesos especiales que trae el nuevo Código Procesal Penal y sus fuentes en el Derecho comparado, su naturaleza y alcances, su finalidad y fundamento. Hemos considerado pertinente incluir en esta temática el proceso de pérdida de dominio, que aparece hoy como un procedimiento que busca atacar la estructura patrimonial del crimen organizado que se ha construido en base a bienes provenientes de delitos graves, cuando desde la persecución delictiva es difícil someterlos a incautación y comiso.

En la obra también se analiza el sistema de recursos en el nuevo Código Procesal Penal, y en particular el recurso de casación que busca unificar en la interpretación de la norma, la jurisprudencia del sistema procesal acusatorio, generando doctrina jurisprudencial.

Otro aspecto poco desarrollado en los estudios procesales es la cooperación judicial, en sus expresiones concretas como la extradición activa y pasiva, en un mundo en el que se globaliza el crimen y, en consecuencia, obliga a los Estados a combatirlo a partir de la cooperación. Esto en el marco de delitos comunes; sin embargo, también en estos últimos años han sucedido conflictos focalizados en diversas partes del mundo donde han ocurrido crímenes contra la humanidad, contra el Derecho Humanitario, como el genocidio, que son según el Derecho consuetudinario y tratados internacionales, perseguidos y juzgados a partir de una jurisdicción universal, y ponen en funcionamiento institutos como la imprescriptibilidad. Coronación del esfuerzo de los Estados por combatir este flagelo es la creación de la Corte Penal Internacional, con la suscripción de la Convención de Roma del cual el Perú es parte. En esta obra hacemos un recorrido por los tribunales internacionales hasta llegar a la Corte Penal abordando temáticas tanto sustantivas como procesales, en el entendimiento de que se deben manejar ambos aspectos cuando se trata del Derecho Penal Internacional.

La presente obra es, pues, un esfuerzo más, en la línea de desarrollo doctrinal iniciado por Zavala Loayza, Luis del Valle Randich, Domingo García Rada, Florencio Mixán Mass, Arsenio Oré Guardia, César San Martín Castro, Pablo Sánchez Velarde, José Neyra Flores, y los estudios temáticos e importantes de Pablo Talavera Elguera, Víctor Cubas Villanueva, entre otros.

Es de esperar que este trabajo sirva para avivar la discusión doctrinaria, teniendo como norte cualificar el procedimiento penal de tal forma que en su aplicación se optimicen los derechos fundamentales de las partes, y la correcta aplicación del Derecho Penal sustantivo.

El estímulo para concluir esta obra ha sido la labor como magistrado de la Corte Superior de Justicia del Callao y de Ventanilla, pues en cada caso concreto se afronta la problemática de aplicar las instituciones procesales de forma rigurosa.

Otro impulso viene de mi actividad docente en esta materia en la Facultad de Derecho de mi alma máter, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que ha infundido en mi persona la necesidad de desarrollar un espíritu crítico, y reconocer un nexo indisoluble entre teoría y práctica; así como de mis alumnos, quienes por su avidez de conocimientos me impulsaron en concretar esta obra jurídica.

Víctor Jimmy ARBULÚ MARTÍNEZ

PARTE I

EL DERECHO PROCESAL PENAL

Capítulo I
El Derecho Procesal Penal

I. Función jurisdiccional del Estado

La teoría de la separación del Estado adoptada de la propuesta de Sieyes, estableció que una porción de este debía ocuparse de la resolución de conflictos entre privados y el Estado. El Derecho Penal surge como las normas o mandatos de comportamiento de las personas, de tal forma que su incumplimiento debiera acarrear consecuencias penales. La función jurisdiccional del Estado comprende ese poder de coerción y de sanción contra quienes atentan contra los bienes jurídicos de la sociedad.

La *ius puniendi* es el elemento legitimador de la intervención estatal vía los procedimientos. Es en este extremo que ingresa a tallar el Derecho Procesal Penal.

II. Concepto de Derecho Procesal Penal

Roxin señala que el Derecho Penal material establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas o medidas) que están conectadas a la comisión del hecho. Es necesario un procedimiento regulado jurídicamente, con cuyo auxilio sea averiguada la existencia de una acción punible y en su caso se imponga una sanción(1). Ese procedimiento es el Derecho Procesal Penal.

Asencio Mellado dice que es un instrumento que ostenta el Estado por el cual la jurisdicción en el ámbito de sus atribuciones constitucionales, resuelve y decide los diversos conflictos intersubjetivos y sociales surgidos en el seno

(1) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tºraducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1.

de la comunidad, entendiendo por conflicto toda suerte de situaciones que fundamenta la deducción de una pretensión o petición de naturaleza jurídica(2).

Para Julio Maier es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función penal del Estado, y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad(3).

Clariá Olmedo concibe al Derecho Procesal Penal como la ciencia que estudia, sistemáticamente, el conjunto de principios y normas referidos a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal. Si a ello se le quisiera agregar el elemento modal, podría continuarse esa definición con lo que viene a ser la tarea a cumplir: organizando la magistratura penal con especificación de las respectivas funciones y estableciendo los presupuestos, modos y formas del trámite procesal(4).

Para Vásquez Rossi, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de disposiciones jurídicas que organizan el poder penal estatal para realizar (aplicar) las disposiciones del ordenamiento punitivo. Para ello estructura, normativamente, el aparato de investigación y juzgamiento y los procedimientos seguidos desde que se tiene información sobre un hecho presuntamente delictivo, hasta la resolución conclusiva y posterior ejecución de lo dispuesto(5).

García Rada define al Derecho Procesal Penal como el conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto organizar los tribunales en lo criminal y regular la actividad jurisdiccional destinada a hacer efectivo el Derecho Penal Material, fijando los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares(6).

Beling, citado por Levene, dice en una definición concisa que Derecho Procesal Penal "es aquella parte del Derecho que regula la actividad encaminada a la protección jurídica-penal"(7).

(2) Citado por REYNA ALFARO, Miguel. *Proceso penal aplicado*. Editado por Gaceta Jurídica, Lima, 2006. p. 15.
(3) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Edit. Del Puerto, Argentina, 1999, p. 75.
(4) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1996, p. 37.
(5) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1995. p. 483.
(6) GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Imprenta Carrera, Lima, 1973, p. 18.
(7) LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 6.

Para Naucke, el Derecho Procesal Penal establece normas a seguir para poder investigar y establecer la punibilidad ("medibilidad") de una conducta y el monto posible de la pena (el monto de la medida) y normas para el juzgamiento[8].

Florián indica que el Derecho Procesal Penal es "el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso", y que el proceso es "el conjunto de actos mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la ley penal en los casos singulares concretos"[9].

Garraud contempla "el procedimiento como el derecho punitivo en estado dinámico a diferencia del Derecho Penal, que significa la posición estática"[10].

Manzini sostiene que el Derecho Procesal Penal es "aquel conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal sustantivo"[11].

En una primera aproximación, Bauman señala que es el conjunto de las normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal[12]. Pero a esta definición tosca, como refiere, le falta un complemento que es la función que tiene el Derecho Procesal Penal cuál es la realización del derecho material.

Para el autor, es el conjunto de procedimientos dentro del cual se ventila los intereses de las partes en conflictos, siendo la vía para aplicar el Derecho Penal material. Además, son las normas las que regulan la organización judicial donde se desarrolla el proceso penal.

III. Objeto

El objeto de estudio de esta disciplina jurídica radica en todas las normas procedimentales de realización del Derecho Penal y de la organización judicial. La principal aparentemente lo tenemos en los códigos procesales; sin

(8) NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal.* Traducción de Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 135.
(9) LEVENE, Ricardo. Ob. cit, p. 6.
(10) Ídem.
(11) Ídem.
(12) BAUMAN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal.* Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 2.

embargo, estas normas no pueden existir sin una interpretación sistemática con la Constitución Política del Estado, por ello, que algunos denominan al Derecho Procesal Penal como derecho constitucional aplicado, y es que sin negar que las normas tienen una función procedimental de instrumento para la aplicación de la ley penal y sus consecuencias; sin embargo, en su contenido, inciden sobre derechos fundamentales de las partes que intervienen en un proceso.

IV. Función del Derecho Procesal Penal

1. Realización del Derecho Penal material

Siguiendo a Bauman podemos afirmar que si bien al Derecho Procesal Penal le interesa la pretensión penal estatal, no se debe interpretar en el sentido de que la cognición procesal penal pueda referirse siempre y únicamente a la cuestión de la punibilidad. Al juez penal también están confiadas las medidas de seguridad, y en el proceso penal, se decidirá incluso sobre ellas. El nexo con el hecho punible y la necesidad de poner en las manos del juez penal todo el catálogo de los medios de reacción, han dado lugar a una ampliación de la pretensión penal estatal y no solo de dirigir el juzgamiento, sino de la ejecución penal. Por esa razón el proceso penal no se ocupa solamente de la pretensión penal estatal, sino también de las manifestaciones conexas como las pretensiones de indemnización del Derecho Civil con base en el principio de la economía procesal(13).

Otros autores enfatizan que el Derecho Penal material debe suministrar, al Derecho Procesal, las cuestiones que deben ser discutidas en el proceso penal como la imputación y la consecuencia jurídica, sino el Derecho Penal material sería un simple objeto decorativo. También sería malo el proceso penal sin Derecho Penal material, ya que entonces el proceso penal actuaría a ciegas y desorientado, sus protagonistas no sabrían qué es lo que habría que buscar en él. Es el Derecho Penal material el que fija en los elementos del hecho punible y en los presupuestos de las consecuencias jurídicas y su determinación, las metas que hay que buscar en el proceso penal. El Derecho Procesal Penal constituye, pues, un puente entre el Derecho Penal material y la realidad, y va desde la sospecha hasta la condena, una vez constatada la existencia del delito(14).

(13) BAUMAN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal.* Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 12.
(14) HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 123.

2. Protección personal

La protección de las víctimas del delito es otra de las funciones del Derecho reconocidas del Derecho. Si bien toda la teoría procesal-penal reconoce como sujetos procesales de relevancia al presunto autor y al fiscal, no es menos cierto que la tutela concreta es la víctima, quien a veces ha sido olvidada en estas teorías intrincadas. La víctima ha sido la destinataria y depositaria del bien jurídico que ha sido afectado, sea vida, patrimonio y en consecuencia la necesidad de resarcirla del daño, está en la esencia misma del Derecho Procesal Penal. Pero la protección personal ha ido con la mano de erigirse el Estado en el monopolizador de la persecución y punición penal, sustituyendo a la venganza privada de la víctima o de sus parientes que son propios de sistemas procesales primitivos.

3. Recomposición de la paz y seguridad ciudadana

Esta finalidad que debe ser parte de la política criminal; busca, pues, la necesidad de realización del Derecho Penal material, castigando a los culpables que crean la zozobra social. Aquí se engarza el Derecho Procesal Penal con las necesidades de prevención general y especial.

V. Caracteres

1. Derecho Público

El Derecho Procesal Penal es una rama del Derecho Público, entendiendo a este último como aquel que regula intereses comunitarios por oposición a los intereses privados[15], complementado con el hecho de que estudia la regulación del Estado en cuanto ejerce función jurisdiccional.

Sin embargo, esta separación no es tajante, esto es, que el Derecho Público se ha devorado normas que vinculan al Estado con los individuos y que el Derecho Privado puede regular solamente las relaciones entre particulares, ya que existe entre ambos espacios de intersección, de tal forma que se puede resolver situaciones jurídicas empleando las reglas de ambos derechos.

(15) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, 2ª edición, Buenos Aires, 1999, p. 95.

2. La autonomía

Respecto de este tópico en la medida en que las normas procesales tienen un cauce de aprobación legislativo independiente respecto a sus instituciones, adquiere una cierta autonomía frente al derecho material, por ello, entendemos que tiene una dimensión de autonomía legislativa.

Además, posee una autonomía científica(16), siguiendo a Maier, que esa surgió con el encuentro, a través de la ley positiva con ciertos principios y máximas del Derecho Procesal, con el deslinde y afirmación de su propio objeto y función frente a la ley material reflejada en el tipo de normas que estos dos ámbitos jurídicos expresan y continuo con la escisión de los principios procesales frente al Derecho Procesal Civil. Critica bien Maier que, sin embargo, se ha derivado en una desviación, porque con la idea de una propuesta de teoría unitaria del Derecho Procesal trajo una perniciosa autonomía académica que desvincula de su razón de ser, como lo es el Derecho Penal y de acercamiento al Derecho Procesal Civil que tiene principios políticos positivos diferentes.

Esta crítica no es nueva, pues ya Carnelutti consideraba que autonomía era una fórmula ambiciosa, con la cual los especialistas de ciertos estudios solían celebrar y exagerar su importancia, casi siempre al objeto de conseguir que constituyan materia de enseñanza particular. Que si bien esto no era algo malo, pero su razón no debe buscarse en la autonomía, sino más modestamente, en la insuprimible exigencia del análisis, que obliga a mirar por separado con la posibilidad de deformar aspectos de la realidad. La idea era estudiar el Derecho Procesal sin desligarlo del Derecho Penal. Carnelutti precisaba que el delito y la pena son, precisamente, la cara y la cruz de una misma moneda; y a nadie se le ocurre sostener que sean autónomas entre sí la cara y la cruz; pero es verdad, sin embargo, que la moneda no se puede ver, simultáneamente, por la cara y por la cruz(17).

La separación de la enseñanza entre Derecho Material, Derecho Procesal y derecho de la organización judicial es objetivamente racional si se agrupan de nuevo en el estudio, si se explica su interdependencia y se acentúa su funcionamiento combinado en la praxis profesional(18).

(16) Ibídem, pp. 76-77.
(17) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal.* El Foro, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1994, p. 16.
(18) NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal.* Traducción de Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 164.

Desde un punto de vista metodológico se justifica una autonomía relativa del Derecho Procesal Penal, pero que se debe asentar en el análisis de cada una de las instituciones que lo componen, su racionalidad, puesto que el estudio del Derecho Procesal Penal no debe limitarse solo a los procedimientos, siendo más concretos, no podemos limitarnos a aprender respecto de formas, trámites y plazos, que es en el fondo un empobrecimiento formativo del abogado que, a la larga, degrada como señala Binder la actividad intelectual del abogado y lo transforma en un gestor de fruslería[19]. La idea es que el abogado haga análisis jurídicos, de tal forma que pueda descubrir críticamente cuál es la racionalidad que está detrás de las instituciones y su nexo necesario con la realización del Derecho Penal y su vinculación con el catálogo de derechos tutelados por la Constitución.

(19) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 29.

Capítulo II
Evolución del Derecho Procesal

I. Antecedentes históricos

La venganza privada se hizo sin reglas en los inicios de las comunidades y antes del surgimiento del Estado. La acción se dirigía contra el autor e incluso sus parientes. La costumbre coadyuvó que se empezara a ordenar el procedimiento con la intervención de miembros de la comunidad y la aparición de reglas que ordenaron la venganza privada. Esta es la génesis del desarrollo del Derecho Procesal Penal. Veamos ahora sus manifestaciones en diferentes culturas.

II. Derecho griego

Es en Grecia donde se superó la concepción privada del delito y se le dividió en públicos y privados según lesionaran un interés comunitario o individual[20].

Es en Atenas donde surge un régimen de procedimiento penal, aunque limitado a los ciudadanos libres y para algunas transgresiones. El rito penal se caracterizaba por la intervención del pueblo, tanto para integrar el tribunal como para producir la acusación dentro de un tipo acusatorio puro. Las causas de hechos gravísimos se reservaban a la intervención de la Asamblea[21].

Una de las características de este Derecho Procesal es que era la asamblea popular la que tenía poderes sobre los tribunales. El Areópago, que estaba compuesto por más o menos 50, deliberaba de noche y tenía competencia limitada a pocos delitos sancionados con pena de muerte: homicidio premeditado, envenenamiento e incendio. Señala Levene que en la plaza pública, bajo el sol, de donde deriva su nombre, funcionaba el tribunal de los Heliastas, compuesto por 6000 ciudadanos de 30 años de edad, buena reputación y

(20) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 269.
(21) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1996, p. 117.

que no fuesen deudores del tesoro público, que anualmente eran elegidos a la suerte, y que se dividían en diez secciones para las distintas clases de causas. Los Heliastas intervenían en los juicios criminales no reservados al Areópago o a los Esphetas, así como en los juicios civiles, como el Phirintáneo, tribunal que integraban 500 jueces. Los delitos eran públicos y privados. La tortura era un medio ordinario de prueba(22).

III. Derecho romano

En Roma, se distinguió entre delitos públicos y privados. En los inicios el rey ejercía la jurisdicción penal, solo con el apoyo del Senado, o delegándola a los decenviros o *quaestores*.

Había dos clases de procedimientos: *iuditia privata* y *iuditia pública*, que tenía dos formas: la *cognitio* y la *accusatió*. La *iuditia privata* estaba reservada al padre, *pater familias*, en razón del amplio concepto de la *patria potestas*. *La iuditia pública*, en una de sus formas, la *cognitio*. Para Maier es una especie de instrucción sumarial llevada a cabo por un juez(23). Se hacía ante un magistrado, *quaestor*, con un trámite previo ante él, y se iniciaba con la *quaestio* o pregunta al acusado. La sentencia podía ser objeto de apelación ante los comicios centuriados, mediante la *provocatio ad populum*, que solo procedía si aquel era ciudadano y varón. En este tipo de proceso (*cognitio*), el más antiguo, el magistrado actuaba de oficio y con amplios poderes, representando a la comunidad(24).

Las tres leyes Valeriae son las que renovaron el derecho ciudadano de provocar la intervención de una asamblea popular y trajeron una lenta trasmisión del poder de juzgar criminalmente de los magistrados a esos tribunales populares que se denominaron comicios(25).

La otra forma de *iuditia pública*, la *accusatio*, surgió en el último siglo de la República, en razón de que la *cognitio* **no ofrecía** suficientes garantías, especialmente para las mujeres y los no ciudadanos. El juicio es presidido por el pretor, e intervienen jurados, cuyo número iba de los 32 a los 75, y que se sorteaban de unas listas, teniendo derecho los acusados a recusarlos.

(22) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 28.
(23) MAIER, Julio. Ob. cit, p. 274.
(24) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 29.
(25) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 276.

Cualquier ciudadano romano, sin ser magistrado, podía ejercer el derecho de acusación (*accusator*) en acto público y oral, iniciándose aquella por la *nomis delatio*. Luego de la acusación y de la defensa, venía la prueba, que no tenía límites, pudiendo defenderse las partes personalmente o por medio de los *advocatus*, después de lo cual los jurados votaban por *absolvo*, *condemno* y *non liquet*[26], necesitándose mayoría de votos para la condena, e igualdad de ellos para la absolución. Si se decidía por la condena, el magistrado imponía la pena.

El acusado tenía como garantías el derecho de ser oído, la publicidad y la posibilidad de ser defendido por terceras personas. Bajo el Imperio, el procedimiento pasa a ser inquisitivo y secreto y la investigación queda a cargo de los *curiosi*, *stationarii*. Lo que se constata de este fenómeno evolutivo es el paso de las formas acusatorias a las inquisitivas con mayores poderes de oficio de los jueces.

IV. Derecho germano

Si bien el Derecho Procesal Penal se ocupa de la **pretensión penal estatal, eso no fue siempre así**, pues en el antiguo Derecho Penal alemán no existía una pretensión de esta naturaleza de parte de la comunidad contra el individuo. Era el lesionado o su pariente quien tenía el derecho de venganza. En delitos particularmente graves contra la comunidad, tenía lugar la expulsión de ese grupo social. En todos los derechos arcaicos encontramos conceptos similares. Solamente, al desarrollarse el Derecho como orden general de paz, estos derechos pasaron al Estado[27].

En el antiguo Derecho germano no se distinguía entre infracciones civiles y penales, simplemente que cada infracción era considerada un quebranto de paz de la comunidad. La víctima estaba autorizada a realizar la guerra (*fehde*) o la venganza familiar (*blutrache*)[28]. En ese camino de desarrollo de formas de resolver los conflictos, surgió la institución de la composición (*Sühnevertrag*) en las infracciones leves; sin embargo, esto no procedía en las graves, pues el ofensor quedaba sin la protección de la comunidad sujeto a la venganza privada.

La organización judicial que empezó a gestarse para resolver conflictos, se estructuraba en torno a un tribunal compuesto por una asamblea popular

(26) Su traducción es "no está claro" que implica que el juez no podía resolver la materia controvertida.
(27) BAUMAN, Jürgen. Ob. cit., p. 9.
(28) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 265.

formada por personas capaces de ir a la guerra y un juez que dirigía el debate. Luego de la práctica de la prueba, el que proponía la sentencia era el miembro más respetado de la asamblea que al final era la que fallaba. La decisión era inimpugnable, sin embargo, antes de su aprobación, podía cuestionarse la propuesta con un nuevo procedimiento probatorio que, a la larga, terminaba en un duelo físico entre las partes.

El Derecho Procesal germano fue en una ruta autoritaria, porque adoptó el procedimiento como método de reconstrucción de la verdad histórica y con marchas y contramarchas se desplazó al Derecho Romano canónico que se le denominó recepción, que fue la base para la implantación de la Inquisición como sistema de enjuiciamiento y sus más representativos textos legislativos surgieron en la Alemania del siglo XVI[29]. El extremo de este sistema perverso lo tenemos en la Corte Vemica que según Voltaire: "(…) delegaba secretamente comisarios que iban incógnitos, a todas las ciudades de Alemania, tomaban informes sin hacérselos saber a los acusados, y los juzgaban sin oírlos: muy a menudo cuando no tenían un verdugo, el más joven de entre los jueces hacia su oficio, y ahorcaba él mismo al culpable. Para escapar a los asesinatos de este tribunal era preciso obtener cartas de excepción, salvaguardias de los emperadores, y aun estas fueron muchas veces inútiles. Este tribunal de asesinos, no fue plenamente disuelto hasta el tiempo de Maximiliano"[30]. El origen es incierto, pero algunos estudios sugieren que pertenece al periodo carolingio, y estaba destinado a la persecución de herejes y judíos y tenía como símbolo la esvástica.

V. Derecho inglés

Como antecedentes del sistema mixto, podemos rastrear en Inglaterra en el que con tradición de respeto de las libertades, tuvo un reflejo en los procedimientos penales. Durante las Edades Media y Moderna, conservó sin contaminación inquisitiva un sistema originario, o sea el acusatorio popular. Como rasgos esenciales de este sistema, que solo en casos muy graves puede procederse de oficio o con base en la denuncia y que la acusación corresponde a los particulares, sin perjuicio de que se practique una investigación preliminar por funcionarios de la Corona y jueces de paz. En 1789, se había instituido la Dirección de Acusaciones Públicas, que acusaba en causas por determinados

(29) Ibídem, p. 267.
(30) VOLTAIRE. En: *Comentarios al libro Tratado de los delitos y de las penas de Cesar Bonesana*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 192.

hechos importantes o a falta de acusador particular. El Tribunal era popular. Un gran jurado ejercía el control de las acusaciones para evitar que se realizaran juicios infundados. Para el juicio se estableció el pequeño jurado con funciones de dirección técnica a cargo de juez letrado y desarrollado en forma oral, pública y contradictoria(31).

VI. Derecho español

En España, las dos legislaciones: la germana y la romana, se unificaron en el Fuero Juzgo en el siglo VII, que tenía disposiciones sobre los jueces, amigables componedores y los principios generales del procedimiento, y al que siguieron los fueros locales. Después del Fuero Real de 1255, en cuyo libro II trata del procedimiento (jurisdicción, demanda, prueba, sentencia), aparecieron las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, en 1258. Al procedimiento penal se refiere la Partida VII. A las Siete Partidas, siguieron el Ordenamiento de Alcalá de 1348, las leyes de Toro de 1504, la Nueva Recopilación de 1567, y la Novísima Recopilación de 1805 que alcanzó a aplicarse en la América hispana.

En el Fuero Juzgo, no había publicidad; el acusado podía evitar el tormento por medio del juramento; no había ordalías ni juicios de Dios y se admitía la composición, esto es, el arreglo. Durante la reconquista, el procedimiento era acusatorio y ese era el sistema que predominaba en los fueros municipales. En cambio, era inquisitivo en el Derecho musulmán y en las recopilaciones(32).

VII. Derecho eclesiástico

La doctrina reconoce que los primeros pasos de la Iglesia fueron humanizadores, atemperando la crueldad de la venganza y de las ordalías con la composición y el juramento, el derecho de asilo y la tregua de Dios. Pese a ello, en la Iglesia, se acuna el tipo inquisitivo y ella lo desarrolla en su versión más extrema. Se instituyó el procedimiento de oficio y la denuncia como delación y se aplicó la tortura desmedida y refinadamente practicada. El Derecho Canónico se extendió al campo laico dentro del continente, prolongándose hasta la Revolución Francesa y en España aun a mediados del siglo XIX.

(31) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1993, p. 122.
(32) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., pp. 31-32.

Un rasgo de este sistema es la primacía de la denuncia que es el primer germen del procedimiento inquisitivo. Convertida después en delación, se echa por tierra la publicidad y el principio de acusación, adquiriendo auge el procedimiento *ex officio*. El hecho delictuoso se investigaba con reserva o en secreto para averiguar después sobre su autor responsable. El sindicado era tratado como objeto de la investigación, cuya confesión debía ser obtenida para salvar su alma por torturas, interrogatorios capciosos o espionaje.

El imputado era tratado como culpable y rara vez gozaba de libertad. Sufría encierros crueles casi similares al castigo de los penados. La defensa técnica resultaba ineficaz por las limitaciones impuestas. En cuanto a la valoración de la prueba, el sistema era de prueba legal o tasada, y la congruencia del fallo con lo alegado y lo probado tampoco era respetada. El juicio no pasaba de consistir en un simulacro de debate.

El sistema de tipo inquisitivo se expande al derecho laico durante los siglos XII y XIII, principalmente en Francia y en España. Se fortalece en el siglo XV con el procedimiento del Tribunal de la Santa Inquisición, cuyo absolutismo se proyecta en América Latina(33). En el Perú, el Tribunal del Santo Oficio tuvo un predominio durante la época colonial a partir de su creación en 1569 por Real Cédula del rey Felipe II conjuntamente con el de México. El primer inquisidor fue Serván de Valenzuela y entre las víctimas del Santo Oficio estuvieron luteranos como Mateo Salado, piratas capturados en sus arremetidas contra el Callao y Lima; hasta un rector de la Universidad de San Marcos, el dominico Francisco de la Cruz en 1579. Ricardo Palma hace alusión a él en un estudio realizado en 1863 que cabe la pena citar porque grafica el sistema inquisitivo:

> "Fray Francisco de la Cruz, presentado en teología, predicador de mucha aceptación, privado del virrey del arzobispo, y consultor de la Inquisición, fue declarado hereje pertinaz, dogmatizador heresiarca, inventor de nueva secta y, como tal, digno de ser quemado vivo. El fiscal le había puesto más de ciento ochenta capítulos, su confesión llenó más de setecientas hojas, y el proceso más de tres mil. Entre otras cosas extrañas decía: –que la Iglesia de Roma era simoníaca y había caído en la abominación –que los indios eran el verdadero pueblo de Israel –que el arzobispo de Lima debía ser Sumo Pontífice –que la confesión debía abolirse, y casarse los frailes y clérigos –que eran lícitos la poligamia y el desafío, en casos de honra –que la Sagrada

(33) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1996, p. 120.

> Escritura debía andar en lengua vulgar –y que los inquisidores eran Anás y Caifás (…) Probaba su misión con textos del Apocalipsis, cántico de Abacuc, salmos y profetas, que interpretaba con mucha sutileza. En el auto sostuvo sus proposiciones, hasta que, aconsejado por muchos varones graves, dijo: que, pues tales personas eran de contrario parecer, bien podía él deponer el suyo. Pero esta tardía y tibia retractación no lo libertó de la hoguera" (Palma 1982, IV: 301-302)[34].

Cargos arbitrarios y absurdos, fiscales sin objetividad, testigos ocultos, secretismo, confesiones arrancadas con violencia, montañas de papeles, limitaciones al derecho de defensa, jueces parcializados por prejuicios o ideologías son rasgos de este recusado sistema inquisitivo.

VIII. Derecho Procesal indiano

Ricardo Levene en su exposición sobre Derecho indiano señala que, en América, la Recopilación de Indias, promulgada por Carlos II, en 1680, en los libros II y V, organizó los tribunales de justicia y los procedimientos que debían regirlos.

El Consejo de Indias fue organizado en 1524 y ejercía, en última instancia, la jurisdicción civil y comercial incluyendo los asientos de la Casa de Contratación y de las audiencias americanas. En tiempos de Carlos II, lo formaron catorce consejeros, que integraban dos salas de gobierno y una de justicia. Por vía de apelación, conocía en los juicios de contrabando resueltos en primera instancia por la Casa de Contratación y en los recursos interpuestos contra las sentencias de las Reales Audiencias si el asunto excedía de 6.000 pesos, intervenía en los juicios de residencia, destinados a verificar la conducta sustentada en el cargo por los funcionarios.

La Casa de Contratación de Sevilla, creada en 1503, obtuvo en 1511 facultades jurisdiccionales, tanto en el orden civil como en el criminal, en asuntos referentes al comercio y a la navegación con el Nuevo Mundo. Comprendía una sala de justicia para los casos ordinarios y un Tribunal de Indias para los urgentes. Era el tribunal de los tratantes o mercaderes, factores, maestres, calafates y marineros.

(34) Citado por Lucero de Vivanco-Roca Rey. *Un profeta criollo: Francisco de la Cruz y la Declaración del Apocalipsis.* Vol. XX / Nº 2 / 2006 / 25-40. Persona y sociedad / Universidad Alberto Hurtado. <http://www.personaysociedad.cl/wp-content/uploads/2011/01/2-L-vivanco.pdf> [Fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

En América, la primera Audiencia se instaló en Santo Domingo en 1511, restableciéndose en 1526, después de ser suprimida por sus conflictos con Diego Colón, hijo del descubridor. A fines del siglo XVIII, dependían del Virreinato de Nueva España las Audiencias de Santo Domingo, México, Guatemala y Guadalajara; del Perú, las de Lima y Chile; de Nueva Granada, Santa Fe de Bogotá, Panamá y Quito; y del Río de la Plata, Buenos Aires y Charcas. Estas se han clasificado en virreinales, pretoriales y subordinadas, según fuesen presididas por el virrey, por el capitán general o por un presidente togado, pero esta clasificación quedó sin valor en 1776, al dictarse la Instrucción de Regentes que creó el nuevo cargo de regentes de audiencias, que las presidían. Las de Lima y Méjico tenían alcaldes del crimen, dependientes de los restantes oidores, pero que formaban sala separada y conocían exclusivamente las causas criminales.

La Audiencia era el tribunal de apelación de todas las causas criminales y civiles falladas por los gobernadores o sus tenientes, intendentes, alcaldes mayores. Si el valor de la causa era muy grande, procedía el recurso de segunda suplicación o de nulidad e injusticia notoria ante el Consejo de Indias. Los pequeños pleitos no llegaban hasta la Audiencia, pues el tribunal de apelación era el gobernador o el Cabildo(35).

IX. El Derecho Procesal peruano

La legislación procesal en el Perú republicano tiene como antecedente más remoto el Código de Enjuiciamientos en materia penal de marzo de 1863 que tuvo influencia española. Luego se dio el Código de Procedimientos en materia criminal (del dos de enero de 1920) que tuvo influencia francesa. El Código de Procedimientos Penales promulgado el veintitrés de noviembre de 1939, vigente a partir de 1940, es el que actualmente sigue rigiendo expresando un modelo mixto, inquisitivo acusatorio. El reciente Código de 2004 que contiene un modelo acusatorio adversarial.

1. El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal

Este tuvo sus fundamentos en el Reglamento de España de 1835 y el Código de José II y de estructuras organizativas que se parecían al modelo inquisitivo. Escrito y con prueba tasada. Para la época en Francia ya se había

(35) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., pp. 32-35.

promulgado la Ley del 29 de setiembre de 1791 que estableció el sistema de valoración judicial de la prueba e instancias de revisión.

Los rasgos característicos de este Código eran:

- Función accesoria del Ministerio Público, que es un denunciante en limitados casos, simple **colaborador** de la investigación judicial y acusador en los delitos públicos.
- Predominio del juez llamado **juez del crimen**, quien tiene a su cargo el sumario y el plenario.
- Prisión preventiva mayormente obligatoria.
- Falta de derechos de los imputados, y más en la fase sumarial.
- Prueba tasada como criterio de valoración.
- Predomina de la escrituralidad y, por ello, esencialmente burocrático(36).

2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal

Fue promulgada por la Ley N° 4019 del 2 de enero de 1920 y entró en vigencia el 1 de junio del mismo año. Los debates fueron liderados por el jurista Mariano H. Cornejo. De influencia francesa sus características más relevantes son:

- La acción penal es pública. Se ejercita por el Ministerio Fiscal y de oficio, excepto los delitos privados y cuando proceda acción popular. Rige el principio de legalidad. Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejercita por los que han sufrido el daño acumulativo de la acción penal. Aquí vemos la heterogeneidad del proceso penal, una acumulación de pretensión de condena y otra pretensión reparatoria.
- Se introducen las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que son resueltas por el Superior Tribunal.
- El proceso se conforma por dos etapas, y cada una es dirigida por un juez. La primera etapa tiene como objeto reunir los datos necesarios

(36) SAN MARTÍN CASTRO, César. *La reforma procesal peruana: Evolución y perspectivas*. <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_05.pdf> [Fecha de consulta: 3 de enero de 2015].

sobre el delito cometido, sus autores, cómplices o encubridores, para que puedan realizarse juzgamientos; y el juicio oral a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado. No dista mucho de lo que fue posteriormente el modelo de 1940.

- La instrucción es reservada y escrita. Puede iniciarse de oficio en los casos de delito flagrante y cuasiflagrante. Contra el imputado, puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o presuma quien es el delincuente. Las causales de detención son muy amplias.

- El juicio es oral y público, sea ante tribunal correccional o ante el jurado. La asistencia del fiscal es obligatoria, así como del acusado y del abogado defensor. El tribunal aprecia las pruebas con criterio de conciencia, pero en el fallo debe exponer las razones de su decisión. La sentencia solo tiene en consideración lo pasado en los debates (los documentos y declaraciones leídos en los debates son los únicos que pueden servir como medios de prueba).

- Contra los fallos del tribunal correccional procede recurso de nulidad. La Corte Suprema tiene facultad de conocer sobre los hechos y, está autorizada a absolver al condenado indebidamente, pero no puede hacerlo respecto del absuelto.

- Se reconocen como procedimientos especiales los seguidos por delitos de injuria, calumnia y contra la honestidad, por delitos flagrantes y por faltas[37].

3. Código de Procedimientos Penales de 1940

El Código de Procedimientos Penales, que actualmente sigue rigiendo y que se encuentra en liquidación a nivel nacional, se aprueba por Ley N° 9024, de fecha 23 de noviembre de 1939, por el Presidente Oscar R. Benavides. Consta de cuatro Libros que tratan sobre disposiciones generales, la instrucción, el Juicio y los Procedimientos Especiales, querellas y faltas.

Este Código es el que está siendo reemplazado progresivamente por el Código Procesal Penal de 2004, existiendo en cada Corte órganos jurisdiccionales

(37) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 31. <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_05.pdf> [Fecha de consulta: el 3 de enero de 2015].

liquidadores. Es la expresión de un modelo mixto, donde si bien hay Ministerio Público, el juez de instrucción realiza actos de investigación.

La instrucción comprende la etapa de investigación bajo dirección del juez en los procesos ordinarios a efectos de reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados como lo establece el artículo 72 de este Código de Procedimientos añejo.

La instrucción dirigida por el juez puede reunir elementos de convicción para que el fiscal presente una acusación y se lleve a cabo el juzgamiento que es oral público y contradictorio, hasta llegar a una sentencia. Es decir es el juez quien la recaba toda la información al fiscal provincial, que solo tiene una labor de impulso de la instrucción. En este nivel muchos fiscales se manejan con el criterio de que el "juez investigue", realizado el juzgamiento con una acusación fiscal controlada en una limitada etapa intermedia y generalmente por escrito, se dicta sentencia, que puede ser impugnada vía recurso de nulidad que debe conocer la Corte Suprema.

A partir del año 2000 dentro del contexto de juzgamiento de los hechos delictivos realizados durante el régimen del ex presidente Alberto Fujimori, se dio una fuerte tendencia para llenar los vacíos y limitaciones de este Código amparándose en la Constitución, y también con modificaciones legales que se fueron realizando en la norma.

4. Código Procesal Penal de 1991

En 1990, los esfuerzos por modificar la legislación procesal, se vieron reflejados en el Proyecto Alternativo de Código de Procedimientos Penales elaborado por un Comité Consultivo del Ministerio de Justicia. Este proyecto fue revisado por una Comisión designada por mandato de la Ley Nº 25281 (1990), la que elaboró un texto, convertido luego en el Código Procesal Penal de 1991(Decreto Legislativo Nº 638 del 25 de abril de 1991). El Código de 1991 debió entrar en vigencia en mayo de 1992, pero ello no fue así por la interrupción del régimen democrático en abril de 1992. Entre 1995 y 1997, se produjeron dos intentos de reformas. El texto de 1997, aprobado en el Congreso, fue observado por el Ejecutivo argumentando problemas presupuestales y de capacitación de los operadores.

Este Código de 1991 tiene tres libros; el Primero, la Parte General de la Ley Penal; el Segundo, la Parte Especial; y el Tercero, las Faltas. Se puso en vigencia un conjunto de artículos referentes a plazos de procesamiento, medidas cautelares que todavía mantienen vigencia y que también entran en liquidación con del Código de 1940.

5. Código Procesal Penal de 2004

La aprobación de este Código ha sido el esfuerzo más serio de hacer una reforma procesal para sustituir el actual modelo mixto, predominantemente escrito y reservado por uno acusatorio adversativo, oral y público. El Poder Ejecutivo impulsó la creación de la Comisión de Alto Nivel por Decreto Supremo N° 005-2003-JUS del 14 de marzo de 2003. La finalidad de la comisión era proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del nuevo Código Procesal Penal; fue presidida por el señor Ministro de Justicia, y estuvo integrada por Rocío Montero Lazo, Rafael Donayre Otárola, Manuel Catacora Gonzales, Pablo Talavera Elguera, César San Martín Castro, Pablo Sánchez Velarde, Daniel Caballero Cisneros, Víctor García Toma, Jorge Santisteban de Noriega, Jorge Villegas Ratti, Ricardo Váscones Vega, Fidel Rojas Vargas y Carlos Caro Coria[38]. Como se observa la composición de esta comisión fue con abogados de la actividad privada, y jueces y fiscales, muchos de los cuales han tenido y tienen un papel relevante en el sistema judicial. Sería de mucha utilidad si los debates de esta comisión que fueron documentados se diesen a conocer a la comunidad jurídica para coadyuvar en la hermenéutica del resultado de su trabajo: el Código Procesal Penal de 2004 que empezó a implementarse en el país, a partir de 2006, en la Corte Superior de Justicia de Huaura.

6. La reforma procesal

El 1 de julio de 2006, entró en vigencia en el distrito judicial de Huaura el Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo Nº 957, dando inicio a la aplicación de un nuevo modelo procesal penal de orientación acusatorio-adversarial, en lo que constituye el más profundo e importante cambio en el Sistema de Justicia Penal en el país. Huaura ha sido el laboratorio de este ambicioso cambio en el sistema procesal penal peruano y ha sido materia de estudio por jueces, fiscales y abogados del país por lo que su aporte es invalorable.

(38) Extraída de la exposición de motivos publicada en la SPIJ del Ministerio de Justicia.

Los cambios no solo involucran al Poder Judicial, sino a las instituciones que están dentro del sistema de administración de justicia, Ministerio Público, Policía y Defensoría Pública.

La base de la reforma es el principio acusatorio que define los roles de la Fiscalía y del Poder Judicial, asignando la responsabilidad al Ministerio Público de la investigación y acusación y al Poder Judicial del juzgamiento o fallo. Con base en este principio se ha tenido que trabajar a nivel organizacional, rompiendo los antiguos moldes mixtos marcadamente inquisitoriales.

Se dispuso la aplicación progresiva para implementar el NCPP, y como señalan estudiosos de la reforma[39] se ha desarrollado mediante un proceso crítico, sujeto a varios cambios de cronogramas, y que han reflejado la ausencia previsión, planificación y decisión en la ejecución. En octubre de 2005, se estableció un primer cronograma, en los distritos judiciales de Huaura y La Libertad, para el 1 de febrero y 1 de agosto de 2006, respectivamente. El 30 de enero de 2006, ese cronograma fue modificado y se dispuso que la aplicación del NCPP comience el 1 de julio de 2006 en el distrito judicial que "determine la CEICPP". En marzo de 2006 se volvió a modificar el cronograma y en mayo de 2007, por Decreto Supremo Nº 005-2007-JUS, el segundo cronograma para la aplicación gradual del CPP volvió a ser modificado de la siguiente forma:

2008 Primera Fase (1 de abril): Tacna y Moquegua
Segunda Fase (1 de octubre): Arequipa

2009 Primera Fase (1 de abril): Tumbes, Piura y Lambayeque
Segunda Fase (1 de octubre): Puno, Cusco y Madre de Dios

2010 Primera Fase (1 de abril): Cajamarca, Amazonas y San Martín
Segunda Fase (1 de octubre): Ica y Cañete

2011 Primera Fase (1 de abril): Ancash y Santa
Segunda Fase (1 de octubre): Ayacucho, Huancavelica y Apurímac

2012 Primera Fase (1 de abril): Huánuco, Pasco y Junín
Segunda Fase (1 de octubre): Ucayali y Loreto

(39) PONCE CHAUCA, Nataly. *La reforma procesal penal en Perú. Avances y desafíos a partir de las experiencias en Huaura y La Libertad*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, enero de 2009, Lima, p. 13.

Véase: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/enero/05/reforma_procesal.pdf> [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2014].

2013 Primera Fase (1 de abril): Callao, Lima Norte y Lima[40].

Como se ve el cronograma de ejecución o implementación ha sido modificado en varias oportunidades, y actualmente en los distritos judiciales de Lima, Callao se ha previsto la implementación parcial en delitos contra la Administración Pública y en Crimen Organizado.

(40) PONCE CHAUCA, Nataly. Ob. cit., p. 14.

Capítulo III
Fuentes del Derecho Procesal

I. La ley

Bajo la regla de legalidad, la única fuente válida directa del Derecho Procesal Penal es la ley. En el caso peruano esta se cimenta en los Códigos Procesales, en la Ley Orgánica y en lo que la doctrina denomina Derecho Procesal accesorio; esto es, las leyes procesales que establecen procedimientos particulares fuera de los códigos.

En este ámbito, debe considerarse a la ley de leyes como lo es la Constitución Política que tiene un catálogo de garantías que se proyectan al proceso penal y que deben ser respetadas escrupulosamente por los jueces. Luego están los códigos procesales. Nosotros tenemos todavía vigentes el de 1940 como modelo mixto y el de 2004 de modelo acusatorio adversarial.

También está la Ley Orgánica del Poder Judicial complementado por la Ley de Carrera Judicial.

II. La jurisprudencia

La labor de los órganos jurisdiccionales de aplicar e interpretar la ley abona mucho en el mejor entendimiento de las instituciones procesales penales. Pero siguen centrados en la Ley, por lo que per se no constituyen fuentes directas del Derecho Procesal Penal, sino podríamos decir de fuentes indirectas que se vinculan con la ley a la que se llega siempre.

La interpretación judicial trae desarrollo de las instituciones procesales. En el sistema judicial peruano, se ha establecido la jurisprudencia vinculante a partir de la fijación de precedentes que son reglas jurídicas de obligatorio cumplimiento para los jueces, dictados por la Corte Suprema, cuya finalidad es uniformizar a la judicatura respecto a diversos tópicos del Derecho Penal, en aras de hacer realidad una justicia predecible y garantizar la seguridad jurídica como cimiento del orden constitucional y democrático de Derecho.

La base legal de los precedentes judiciales está en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que los "principios jurisprudenciales" son fijados por las Salas Especializadas de la Corte Suprema, que han de ser de obligatorio cumplimiento desde todas las instancias judiciales. En materia penal, el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales sí hace referencia expresa al **precedente vinculante**.

La doctrina jurisprudencial es la suma de interpretaciones y orientaciones que provienen de las sentencias; la que no tiene carácter vinculante; pero tampoco significa que sea ignorada por los jueces. Para entender este concepto que combina doctrina y jurisprudencia acudamos al jurista Alzamora Valdez que consideraba a la doctrina como fuente formal del Derecho y la definía como conjunto de opiniones de los jurisconsultos emitidos con finalidad teórica y de facilitar la aplicación del Derecho(41). La doctrina jurisprudencial sería el conjunto de aportes jurídicos de los jueces contenidos en la motivación de sus fallos. Es el sistema jurídico el que determina el valor de la jurisprudencia, para algunos como el Derecho inglés, es fuente de derecho y para otros solo son fuentes supletorias. En el Perú, se ha adoptado un sistema mixto siendo obviamente el principal el sistema jurídico positivo. La doctrina ha considerado la división en la jurisprudencia como fallos de especie y fallos de principios los primeros, son la aplicación simple de la ley al caso concreto mientras que los segundos interpretan las normas legales, llenan los vacíos de la legislación y las resoluciones al ser aplicadas a casos semejantes, constituyen verdaderos precedentes(42).

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 22, respecto a la formalidad de los precedentes vinculantes, señala que las Salas Supremas deben publicarlos en el diario oficial *El Peruano*, y estos han de ser de obligatorio cumplimiento para todos los Jueces, que tienen el deber de invocarlos. La norma, en base al principio de independencia jurisdiccional, fija las pautas para que un magistrado se aparte del precedente; pero como contraparte, tiene la obligación de justificar su decisión, dejando constancia de los motivos por los que no está de acuerdo. También le da la facultad a la Corte Suprema cuando decida apartarse de un criterio jurisprudencial, debiendo fundamentar el motivo por el que cambia de regla jurídica. Es lo que se **conoce** como la técnica del *overruling* que permite cambiar un precedente en su 'núcleo normativo', aplicando

(41) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho.* 10ª edición, Eddili, Lima, 1987, p. 247.
(42) Ídem.

el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*)[43].

Puede darse el caso que las Salas Penales decidan en forma contradictoria respecto de un caso similar, y para resolver estas controversias jurisprudenciales, el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales señala que a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo se convocará inmediatamente al Pleno de los Jueces de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria. La decisión del Pleno de Jueces Penales Supremos no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que originaron la convocatoria.

En el NCPP, tenemos las reglas para la fijación de doctrina jurisprudencial en el artículo 433 que regula el contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio. En el numeral 3 se establece que la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique.

En el caso que haya otra Sala Penal Suprema, esta se integra con otros vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. No se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Otro supuesto reglado por el artículo 433.4 del NCPP, es que si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Se adopta la decisión por mayoría absoluta y se publica en el diario oficial.

(43) Definición extraída de la Sentencia Exp. N° 3361-2004-AA/TC-Lima. Caso Jaime Amado Álvarez Guillén. Ica, del 12 de agosto de 2005. En: <www.tc.gob.pe> [Fecha de consulta: 18 de abril de 2012].

Debe tenerse en cuenta además que si bien hay un catálogo de supuestos de procedencia del recurso de casación previstos en el artículo 427 del NCPP, excepcionalmente, será procedente el recurso cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Esto debe ser filtrado adecuadamente, porque sino, bajo ese supuesto se empiece a utilizar como espolón de proa y generar una tercera instancia de revisión, lo cual puede ir en contra de la propia reforma. Estimamos que solo los casos que tengan posiciones encontradas en la judicatura deben ser conocidas por la Corte Suprema.

En la medida que el recurso de casación es de reciente data, se han dictado pocas como doctrina jurisprudencial; pero se nota un esfuerzo en los jueces supremos para ir desarrollando reglas jurídicas que uniformicen a la judicatura. La mayor temática abordada referente al NCPP, ha sido en los Acuerdos Plenarios VI, VII y VIII.

III. La costumbre

La costumbre no es fuente del Derecho Procesal Penal como regla general. Con esto sería suficiente para no decir más; sin embargo, en el país, tenemos la particularidad de la existencia de comunidades nativas y campesinas en las que el propio Derecho material, y por ende, el Procesal están sujetos a la tradición consuetudinaria.

La diversidad cultural del Perú o su realidad pluricultural está reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento –validez y práctica– tanto del Derecho consuetudinario –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia– como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149 de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia(44).

(44) Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116.

La costumbre hay que tenerla como una fuente siempre en este contexto social y tradicional de nuestras comunidades andinas o de la selva, fuera del Perú oficial, sin embargo dentro de reglas que respeten principios básicos de la persona humana reconocidos universalmente.

IV. La doctrina

La doctrina resultante del desarrollo teórico realizado por los procesalistas, ilustra a los operadores jurídicos en el entendimiento de las instituciones, pero no constituyen fuente directa, porque por delante de las teorías están las leyes. Si bien es importante la doctrina extranjera sobre las instituciones procesales, lo es también el aporte que han dado al desarrollo del Derecho Procesal Penal peruano, desde Zavala Loayza, Juan Del Valle Randich, Domingo García Rada, Florencio Mixán Mass, Arsenio Oré Guardia, César San Martín Castro, sin duda autor de uno de los trabajos más serios sobre Derecho Procesal Penal, los aportes de Talavera Elguera, Neyra Flores, de Pablo Sánchez Velarde, Víctor Cubas Villanueva, Mario Rodríguez, hasta los estudios más recientes sobre tópicos procesales, que ha permitido el surgimiento de una joven generación de procesalistas que contribuirán sin duda en el desarrollo de la doctrina procesal.

V. Los tratados internacionales

Los instrumentos internacionales que tienen influencia en nuestro Derecho Procesal son aquellos relativos a derechos humanos, puesto que abordan el conjunto de garantías procesales que deben ser respetados por los países suscribientes. La asimilación de los tratados al Derecho nacional está prevista en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado. Esto no es obstáculo para considerar además los tratados que abordan temas procesales como la cooperación judicial internacional.

Entre las leyes internacionales de primer orden se tiene a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las garantías procesales que estos tratados han establecido, se derivan de los contenidos en el artículo 10 de la DUDH como son: condiciones de plena

igualdad y a ser oído públicamente por un tribunal independiente e imparcial cuando se examine una acusación penal. En el artículo 11.1, se afirma que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público y con todas las garantías necesarias para su defensa. El principio de presunción de inocencia.

En el PIDCP, se prevén los siguientes derechos del imputado:

- Prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 7, PIDCP). Esto era natural en los sistemas inquisitivos.

- Prohibición de la detención y la prisión arbitrarias, privación de libertad solo por causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta; derecho del detenido a ser informado de las razones de la detención y a que se le notifique, sin demora, la acusación que se le formula; derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad; derecho de quien sea privado de la libertad a recurrir ante un tribunal; derecho de la persona ilegalmente detenida o presa a obtener una reparación (art. 9, PIDCP). Se le dota a los sujetos procesales de garantías dentro de un sistema adversarial.

- Igualdad ante los tribunales (art. 14.1, PIDCP). Fundamental pues es el sustento del principio de igualdad de armas.

- Derecho a un proceso con audiencia pública y ante tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos por la ley (art. 14.1, PIDCP). La publicidad para el control ciudadano, y la imparcialidad como garantía para un juicio justo.

- Publicidad del juicio y de la sentencia, con posibles excepciones de exclusión de la prensa y el público, de la totalidad o de parte de los juicios, por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia (art. 14.1, PIDCP).

- Derecho de toda persona acusada de un delito "a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (art. 14.2, PIDCP). Esto consagra la regla, la inocencia se presume, la culpabilidad se prueba, con la actividad de prueba de cargo del Ministerio Público.

- Diferentes derechos procesales del acusado, dentro de un régimen de igualdad (art. 14.3, PIDCP).

Se reconoce a toda persona acusada de un delito las siguientes garantías mínimas en el apartado 3 del artículo 14, PIDCP:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas. El derecho al plazo razonable.

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal. Si no se hace esto se le deja en total indefensión.

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. Derecho a la no autoincriminación.

h) Derecho a un segundo juicio ante un tribunal superior para someterle el fallo condenatorio y la pena (art. 14.5, PIDCP). Recordemos que en el NCPP existe la condena del absuelto que a la luz de este pacto es violatorio de garantías procesales.

i) Derecho a la indemnización en caso de error judicial en materia penal (art. 14.6, PIDCP). La víctima de la maquinaria fiscal o judicial tiene derecho a ser indemnizada si es que se le ha ocasionado injustamente un perjuicio.

j) Non bis in ídem: derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido juzgado y condenado o absuelto (art. 14.7,

PIDCP). La regla de no ser juzgados dos veces por lo mismo, o la *res iudicata*, no ser sometido a una sentencia si es que ya existió una anterior sobre los mismos hechos que tiene la calidad de cosa juzgada.

Todo este conjunto de derechos y garantías mínimas deben ser observados escrupulosamente por el fuero civil y militar. Estas también se proyectan en el fuero especial de comunidades campesinas y nativas. De allí que cuando hay normas adjetivas de derecho interno que afectan estas garantías mínimas, los jueces están obligados a inaplicarlas, prefiriendo los principios internacionales sobre la legislación injusta. La parte afectada puede ejercitar las acciones de garantía, sean amparos o hábeas corpus.

Capítulo IV
Sistemas procesales

I. Sistema acusatorio

En el desarrollo de la sociedad y en la medida que fueron surgiendo conflictos, para darle solución a estos se estructuraron modelos procesales para la aplicación de la pena. ¿Cómo se construyó cada sistema? Pues a partir de cómo se concebía el proceso. Montero Aroca sobre esto dice que la forma de proceso: "(…) da respuesta la distinción entre dos sistemas procesales penales, a los que se denominan sistema acusatorio y sistema inquisitivo, pero la distinción misma está basada en la incomprensión histórica y en un grave error conceptual, que arranca de no precisar lo que es un verdadero proceso"(45). Para adelantarnos diremos que para este procesalista solo debe considerarse como proceso el inserto en el sistema acusatorio.

Montero delinea los contornos del sistema procesal acusatorio señalando que es posible que en algún momento histórico primitivo, en el que se tenía una noción privada del delito y en el que no se establecían diferencias entre los procesos civil y penal, se concibiera este segundo como una contienda entre partes, situadas en pie de igualdad, frente a un tercero imparcial, que debía responder al ejercicio de un derecho subjetivo por el acusador contra el acusado. En esta situación el acusador era el ciudadano ofendido por el delito que afirmaba su derecho subjetivo a que al acusado, al que imputaba ser autor del delito, se le impusiera una pena.

Estima que el proceso acusatorio se ponía en marcha únicamente cuando se daban los siguientes presupuestos:

2. El particular presentaba una acusación.

(45) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 14.

3. La acusación determinaba los ámbitos objetivo (el hecho que se imputaba) y subjetivo (la persona a la que se acusaba).

4. El juez no podía ni investigar los hechos, ni practicar prueba que no le hubiera sido solicitada por las partes.

5. La sentencia tenía que ser congruente, de modo que no podía condenarse a persona distinta de la acusada por el particular, ni por hechos distintos, ni a pena diferente de la solicitada por el acusador

6. La actividad jurisdiccional era un verdadero proceso, esto es, estaba sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad(46).

En este tipo de sistema históricamente se hace referencia que existió en Grecia y Roma pero no pudo mantenerse por mucho tiempo primero, cuando se concibió el delito no como algo privado sino como algo en lo que debía predominar el interés de la colectividad y, por tanto, sujeto al principio de legalidad y, segundo, cuando para que la legalidad fuera efectiva se confió la acusación a un órgano público lo que sería en la actualidad el Ministerio Público(47).

Luigi Ferrajoli dice sobre este primer sistema que de acuerdo a la historia: "El primero fue el sistema acusatorio, que nació en Atenas, Grecia, hace dos mil o dos mil quinientos años, de donde pasó a Roma y luego a Europa Central y Occidental de aquel entonces; aun cuando algunos encuentran en el Código de Manu, de la India, las primeras raíces del sistema acusatorio"(48). Montero Aroca considera que este es el único que puede llamarse proceso por existir contradicción y órgano imparcial.

Si las funciones de acusar, defender y fallar se asignan a órganos distintos, según Vásquez Rossi estamos ante un sistema acusatorio(49). Este modelo se irradió sobre diversas culturas, como la India como el Código de Manú(50) que en el Libro VIII se hace referencias a normas del acusatorio como las siguientes:

(46) Ibídem, p, 147.
(47) Ibídem, p. 15.
(48) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* 6ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 564 y 565.
(49) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1997, p. 1057.
(50) Antiguo texto sanscrito de la sociedad india. Aproximadamente del siglo III A.C. Versión castellana de V. García Calderón, de la traducción del sánscrito al francés de A. Loiseleur Deslongchamps. 1 Mânava-Dharma-Sâstra, Leyes de Manú, Instituciones religiosas y civiles de la India, Casa editorial Garnier Hermanos, París, 1924. Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des

> "Un rey deseoso de examinar los asuntos judiciales debe ir a la corte de justicia con humilde continente, acompañado de los Bracmanes y de los consejeros experimentados.
>
> Que allí sentado o de pie, levantando la mano derecha, modestamente vestido y adornado, examine los asuntos de las partes litigantes".

Aquí es el Rey quien tiene la función judicial y debe hacerse asesorar por consejeros para examinar los asuntos de las partes en conflicto, se entiende demandante y demandado.

En el apartado 43 dice: "Que el rey y sus oficiales se cuiden de nunca suscitar proceso alguno y que nunca descuiden por avaricia una causa que les fuere presentada". El proceso queda iniciado o librado a iniciativa de las partes para que el Rey sea el que falle.

El sistema se va a irradiar a Grecia, Roma, la Germania, los fueros municipales españoles, en las ciudades italianas, y hasta ahora subsiste en Inglaterra y Estados Unidos.

II. Sistema inquisitivo

Este sistema reemplazó al acusatorio, justamente cuando el Estado empezó a tener el monopolio de la persecución haciendo que esta facultad y la decisión o fallo se concentrara en los jueces. El sistema acusatorio oral de los griegos se perdió en las obscuridades de la Edad Media, en la cual, a cambio, se desarrolló el sistema inquisitivo(51). Los jueces eran los persecutores, averiguadores y sancionadores.

Para Montero Aroca en este modelo, el órgano público que asumió la acusación fue el mismo juez, con lo que se tenía, por un lado, a un juez que al mismo tiempo acusaba y, por otro, al acusado. Si la atribución de la acusación a un órgano público fue una clara conquista de la civilización, el convertir a la misma persona en juez y acusador significó pasar de un extremo al otro, desvirtuándose este avance.

---

indiens, suivies d'une notice sur Les Védas. Tr. y notas: A. Loiseleur-Deslongchamps. París: Garnier Frères. 1909.

<http://www.laneros.com/attachments/codigo-de-manu-completo-pdf.111749/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2015].

(51) FERRAJOLI. Ob. cit., pp. 564 y 565.

Los rasgos predominantes de este sistema son los siguientes:

- La figura del ciudadano acusador si no desapareció quedó disminuida, pues la iniciación de la actividad necesaria para la actuación del Derecho Penal quedó en manos del juez-acusador.

- La determinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de la acusación correspondía a la persona que, al mismo tiempo, acusaba y juzgaba.

- La investigación de los hechos y la determinación de las pruebas a practicar correspondía íntegramente a la misma persona que asumía los papeles de acusador y juez.

- La congruencia entre acusación y fallo no tiene lugar pues el acusador-juez podía determinar en cualquier momento de qué y a quién acusaba y juzgaba.

- Los poderes del acusador-juez son absolutos frente a un acusado que está indefenso ante él. No hay verdaderas partes y el acusado no es sujeto, sino objeto de la actuación del juez.

En el sistema inquisitivo, la actuación del Derecho Penal correspondía, sí, a los tribunales, pero estos no utilizaban el medio que es el proceso. Lo que la doctrina sigue llamando proceso inquisitivo no es un verdadero proceso, sino un sistema de aplicación del Derecho Penal típicamente administrativo. Montero Aroca llega a la conclusión de que el modelo inquisitivo no existe como un verdadero proceso, pues en su actividad no se respetaron los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen a la esencia misma de la existencia del proceso(52). Este es un punto de vista relativo porque las formas empleadas para la aplicación de la pena no eran las óptimas en el inquisitivo; pero respondía a las épocas en las que la ideología, la fuerza de la religión, el dogma, había entrado con singular fuerza en el seno del Estado. En nuestro sistema procesal peruano este modelo subsiste como una atadura al medioevo en el Proceso Sumario regulado por el Decreto Legislativo Nº 124.

(52) MONTERO AROCA, Juan y otros. Ob. cit., p. 16.

III. Sistema mixto

Ferrajoli dice que hace doscientos años, la Revolución Francesa derogó el sistema inquisitivo y puso en vigencia el sistema mixto, que se caracterizó, básicamente, por el predominio del sistema inquisitivo en la etapa de la instrucción que nosotros llamamos sumario, y por el predominio del sistema acusatorio en la etapa del juicio que se le llama plenario. Este es el sistema procesal penal mixto, que algunos le han agregado el calificativo de moderno(53). Hay que recordar que una expresión de este sistema es nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940 pues tiene una fase de instrucción y otra de juzgamiento. El primero es reservado, la segunda pública.

En la doctrina se afirma que el sistema mixto es concebido como una división del proceso, en una fase instructora y otra de juicio (sumario y plenario), con predominio inquisitivo para la primera y acusatorio para la segunda; pero los matices son muy variados en consideración al concepto que se tenga de la necesidad de tutelar el interés privado o el público(54). Mezcla de inquisición y de acusatorio dependiendo de cómo se desenvuelven los sujetos procesales y los jueces en este modelo. Pues si bien el juicio puede ser a base de una acusación, los jueces pueden dejar la imparcialidad para emitir su sentencia, en titulares de la persecución penal, siendo el Ministerio Público apenas un apéndice del Poder Judicial.

Los historiadores de este sistema dicen que como una reacción al sistema inquisitivo, la Revolución Francesa de 1789 si bien echó por tierra la Ordenanza de 1670(55), no pudo sepultarla. Se trasplantó el sistema acusatorio inglés con el doble jurado popular, manteniéndose un momento preliminar de instrucción breve, no del todo secreta y meramente preparatoria, a cargo de los jueces de paz, quienes interrogaban al imputado e iniciaban el trámite de oficio o por denuncia. Como se puede ver, la acción era iniciada por los jueces. El acusador era público, el antecedente del Ministerio Público, pero nombrado por elección popular, y a su lado se mantenía el Comisario(56). El cambio si bien no perduró, tuvo enorme influencia en la legislación napoleónica. El Código de Instrucción Criminal de 1808 instituyó un sistema mixto con rasgos generales bien definidos: perfecta separación de las dos etapas del proceso. La instrucción preparatoria era de corte inquisitivo y no podía ser valorada para el

(53) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* 6ª edición, Trotta, Madrid, 2004, pp. 564 y 565.
(54) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1993, p. 116.
(55) Se juzgaba sin esperar que haya acusador y someter al tormento al imputado para que confiese.
(56) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 122.

fallo por cuanto solo fundamentaba la acusación. Era obligatoria para los crímenes y facultativa para los delitos. Concluida la instrucción, el juez pasaba los autos a la Cámara de Consejo (la que después fue Cámara de Acusación) que dictaminaba sobre la elevación a juicio. La fase de juicio, que se la llamaba "instrucción definitiva", era acusatoria; se realizaba ante las *Cortes de Assises* permanentes y los jurados populares; el acusador era público y el ofendido solo ejercía la acción civil. La prueba del debate se valoraba conforme a la íntima convicción y el fallo debía ser después fundamentado por los jueces técnicos(57). Este Código concilió el procedimiento acusatorio del llamado "Derecho intermediario" (periodo revolucionario) y el procedimiento inquisitivo del Antiguo Régimen siendo el aspecto más problemático el juez instructor heredero del Teniente Criminal del Antiguo Régimen y fue concebido originalmente como un auxiliar del Poder Judicial con calidad de oficial de la policía judicial y controlado por el fiscal, quien le entregaba los casos a instruir. Sus poderes jurisdiccionales en Francia aumentaron y solo con el Código de Procedimiento Penal de 1958 obtiene su independencia del Ministerio Público(58). Una de las criticas es la duplicidad de investigaciones que realiza la Fiscalía y el juez instructor por lo que en Francia plantearon su eliminación. Esto se ve también en el modelo de 1940 en los que un testigo repite su declaración en la fiscalía, luego en la fase instructora y finalmente en el plenario.

Siguiendo el sistema mixto, Austria dicta un Código en 1873, España en 1882 y Noruega en 1887, como también la llamada Ley Constans (Francia) de 1897. Estos cuerpos legales facilitan en general, durante la instrucción, la intervención de la defensa, imponen la defensa técnica y reconocen el derecho a no declarar del imputado.

IV. Sistemas acusatorios modernos

Este sistema que se sustenta en el denominado principio acusatorio que separa los roles del fiscal como el juez; le asigna al primero la responsabilidad de la investigación y persecución, y al segundo, de la decisión o del fallo. Este modelo estaba implícito en las Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico, y el Código Procesal Penal italiano de 1988. La instrucción formal es sustituida por la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público, dotado de amplias facultades. Se establecen las salidas alternativas expresadas

(57) Ibídem, p. 122.
(58) CARVAJAL, Zunilda. "Reformas procesales penales en Francia". En: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Nº 15 (23-33), Universidad San Sebastián, Chile, 2010, p. 24.

en la posibilidad de consenso entre la pretensión punitiva concreta mantenida por la fiscalía y el imputado y su defensa. Trae varios procedimientos sumarios diferentes del ordinario y este mantiene el juzgamiento oral y público[59] El pase del sistema mixto al acusatorio como reforma se produjo en el Código de Procedimientos Penales de Portugal en 1991, y tomando en cuenta los diversos códigos europeos, la tendencia mayoritaria en la actualidad es confiar todo lo referido a la persecución penal y la preparación de la acusación en los delitos de acción pública a la fiscalía, lo que también se ha adoptado en las reformas, vigentes y proyectadas, del ámbito latinoamericano. Tenemos la ambiciosa reforma procesal en Chile, también en Colombia y en Perú con el Código del 2004, en Puerto Rico este sistema se estableció por influencia del Derecho anglosajón y su vinculación con los Estados Unidos desde 1963 con las Reglas de Procedimiento Criminal, también Costa Rica, y con algunos avances en la intrincada legislación argentina. Podemos resumir que en este sistema, denominado también adversarial, se ha introducido un conjunto de derechos a las partes, los juicios son orales, públicos y contradictorios.

(59) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 125.

Capítulo V
Principios constitucionales del proceso penal

I. Las garantías procesales

A lo largo del desarrollo de los sistemas procesales, ha ido construyéndose un conjunto de derechos y garantías para los sujetos procesales de tal forma que a partir de estos se puede discernir si en un caso concreto se está dando un proceso justo o injusto. Estos principios se han normativizado no solo en las Constituciones de cada país sino en convenciones internacionales. En los códigos procesales estos principios se insertan de tal forma que orientan la aplicación de los cuerpos normativos en los casos concretos.

Por ejemplo en el Derecho francés, cuna de muchos principios modernos, los tenemos resumidos en un artículo preliminar(60) de la siguiente forma:

> "I. El enjuiciamiento penal debe ser equitativo y contradictorio así como preservar el equilibrio de los derechos de las partes.
>
> Debe garantizar la separación de las autoridades encargadas de la acción pública y de las autoridades juzgadoras.
>
> Las personas que se hallen en condiciones semejantes y demandadas por las mismas infracciones deben ser juzgadas según las mismas reglas".

El enjuiciamiento francés considera que debe ser equitativo y contradictorio, pues en él van a confrontar posiciones de tal forma que se debe garantizar que estas se realicen de forma equitativa y que los jueces deben preservar el equilibrio de los intervinientes, lo que conocemos también como igualdad de armas.

(60) Insertado por Ley Nº 2000-516 del 15 de junio de 2000, artículo I Diario Oficial del 16 de junio de 2000.

Además en el segundo párrafo se consagra la separación de la persecución y del fallo, esto es el principio acusatorio, que divide los roles del Ministerio Público y de los jueces.

Se establece además que las reglas del proceso judicial deben aplicarse por igual a las personas que tienen las misma condición. Esto evita fueros *ex post facto*, o juzgamientos distintos sobre los mismos hechos, y personas en la misma situación.

> "II. La autoridad judicial vela por la información y por la garantía de los derechos de las víctimas en el transcurso de todo el procedimiento penal".

El rol de los jueces no solo es la de fallo, si no se le asigna un rol de garantía, de tal forma que puedan tutelar los derechos que les corresponde a los sujetos o partes dentro del proceso penal. Una expresión en el sistema peruano es la Tutela de Derechos.

> "III. Toda persona sospechosa o demandada se presume inocente en tanto no se establezca su culpabilidad. Los atentados contra su presunción de inocencia son prevenidos, reparados y castigados de acuerdo con las condiciones previstas por la ley.
>
> Dicha persona tiene el derecho de ser informada sobre las acusaciones mantenidas en su contra y de ser asistida por un abogado.
>
> Las medidas de privación de libertad de las que pueda ser objeto esta persona serán tomadas por decisión o bajo el control efectivo de la autoridad judicial. Estas deben limitarse estrictamente a las necesidades del procedimiento, ser proporcionadas a la gravedad de la infracción de la que se le acusa y no atentar contra la dignidad de la persona.
>
> La acusación de la que es objeto esta persona debe resolverse definitivamente en un plazo razonable.
>
> Toda persona condenada tiene derecho a que su condena sea revisada por otra jurisdicción".

La presunción de inocencia es una garantía de los imputados, por lo que si bien el Ministerio Público y la actividad probatoria de cargo buscan revertir esta para probar la culpabilidad, esta se debe dar en un marco de respecto de derechos constitucionales de los procesados, sin devenir en prácticas poco

objetivas y arbitrarias. Si se hiciese fuera de los parámetros normales, el afectado tiene derecho a solicitar una indemnización.

Todo imputado tiene derecho a conocer de qué se le está acusando de tal manera que pueda organizar su descargo, y esto implica además el derecho de contar con un abogado o defensa técnica que elabore las estrategias necesarias para salir airoso de la contienda judicial.

Las medidas cautelares que le puedan afectar solo podrán aplicarse por mandato judicial y deben ser estrictamente necesarias y proporcionales a la magnitud o gravedad del hecho delictivo. En ese contexto las restricciones no deben afectar su dignidad como persona que no la pierde aun en una situación de acusado.

El acusado tiene derecho a que la causa en su contra sea resuelta dentro de un plazo razonable, que forma parte del contenido esencial del debido proceso. Además, si es condenado tiene derecho a recurrir para que sea revisada en otra jurisdicción. Un principio de esta naturaleza que tiene sustento en convenciones internacionales de derechos humanos, no es compatible con el modelo peruano de condena del absuelto.

II. Dignidad de la persona

Los principios rectores del proceso penal van a servir de parámetros de interpretación y orientación cuando se empleen los procedimientos o instrumentos para la probable aplicación del Derecho Penal sustantivo y que si bien estamos frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, este debe tener límites y garantías para las partes intervinientes en el proceso. De allí que estimemos que en la cúspide de estos principios, tomando como referencia el Código Procesal Penal de Colombia, es el respeto de la dignidad de la persona, lo que debe guiar el proceso penal. En el artículo 1 dice que los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la **dignidad humana**. El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en el artículo 11 adiciona al derecho de la persona su dignidad y su integridad física, psicológica y moral. Nadie puede ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. En esta misma orientación el Código Procesal Penal de El Salvador precisa mejor por qué el respeto es tanto para el imputado como para la víctima.

Bidart Campos dice que "en la base de todas las normas se encuentra el principio capital de la dignidad de la persona humana que, como se recordará,

parte del postulado de que todos los hombres, por su condición de tales, tienen un valor intrínseco. Cualquier excepción implica una derogación del principio. Por consiguiente, el delincuente, el procesado, el condenado, quien de alguna manera resulta inmerso como objeto de la función represiva del sistema penal, tiene derecho a que se respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho. Es frecuente, al contrario, que el sistema funcione de forma tal que al delincuente se le clasifique como no ser humano y a menudo privado de todos sus derechos, desde los individuales hasta los políticos"[(61)]. Se debe respetar a la persona como tal, por ser depositaria de derechos humanos. Se le reconoce esos derechos porque la persona tiene de por sí un valor propios, vale por lo que es y allí radica la dignidad de las personas. Cuando se le desconoce esos derechos, se afecta su condición de tal porque entonces se convierte en una persona discriminada. El proceso penal debe dar un tratamiento a todos los intervinientes, no solo al inculpado, sino a las víctimas del delito.

La Constitución de 1993 en su artículo 1 dice que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Entonces estamos ante un reconocimiento constitucional de la dignidad del hombre y en la medida que convergiendo con los que estiman que el Derecho Procesal Penal, es una manifestación del derecho constitucional, este es un principio orientador de todo el procedimiento de probable aplicación de una pena; y decimos probable y no como la idea mayoritaria que sostiene que sirve indefectiblemente "para la aplicación de la pena", ya que estos dejarían de lado la posibilidad de absolver a un acusado y va contra otro principio como es la presunción de inocencia.

Carlos Fernández Sessarego[(62)], en un análisis del artículo 1 de la Constitución citada, dice que al lado del respeto a la persona humana, enuncia también el deber de la sociedad y del Estado de respetar su dignidad. La "dignidad" para el maestro sanmarquino, es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. Los pilares que sustenta la dignidad del hombre son la libertad y la identidad. La persona posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana.

(61) Citado por ENRIQUE EDWARDS, Carlos en su obra *Garantías Constitucionales en Materia Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 7.

(62) Ver *La Constitución Comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 45.

Concluye Sessarego que los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad, y estos derechos no solo son los que están en la Constitución(63) sino que pueden estar fuera de ella y deben reconocerse simplemente porque se fundan en la dignidad del hombre.

III. Principio de legalidad y juicio previo

El principio de legalidad es una de las piedras angulares del Derecho Penal moderno. Nadie puede ser sancionado si la conducta no ha estado prevista como prohibida en el sistema jurídico.

César Bonesana, Marqués de Beccaria decía en su obra *Dei delitti e delle pene* que data aproximadamente de 1764, cuando tenía 26 años, y que da origen al Derecho Penal moderno: "(…) solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad(64). Las ideas de este jurista influenciado por los Enciclopedistas como Diderot, el Contrato Social de Rosseau, tuvo un fuerte impacto en la mentalidad de los magistrados de la época porque sienta las bases de humanización del Derecho Penal y los planteamientos son acogidos en la Carta de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, producto de la Revolución Francesa.

Para Zaffaroni el principio de legalidad fue enunciado en latín y en el sentido técnico preciso, por Anselm von Feuerbach, con sus tres máximas fundamentales del mismo: *nulla poena sine lege*, (no hay pena sin ley) *nulla poena sine crimine*, (no hay pena sin crimen) *nullum crimen sine poena legali* (No hay crimen sin pena legal). Para el jurista y exmagistrado argentino el alcance del principio de legalidad implica la irretroactividad de la ley penal más gravosa y que corresponde a la vigencia de la ley en el tiempo. Es decir que si la conducta no está previamente descrita en la ley como prohibida, pero se tipifica

(63) Así se reconoce en el artículo 3 de la Constitución de 1993: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

(64) BONESANA, César. *Tratado de los delitos y de las penas.* Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 61. La primera edición en 1764 apareció en forma anónima, en Livorno, y fue publicada por el editor Coltillini, por el temor de ser enjuiciado por la Inquisición. Debido a las novedosas ideas dio a su autor enorme popularidad y cinco ediciones ya con su nombre de Beccaria, aparecieron de inmediato en Italia.

posteriormente, es una garantía de la persona que no se le puede reprochar dicho comportamiento. También consagra la proscripción de la integración analógica de la ley penal *in malam parte* y que es problema que corresponde tratar al considerar el método, y el principio de culpabilidad(65).

El principio de legalidad está reconocido a nivel constitucional en el artículo 2.24.d. que establece que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Si bien este principio de legalidad tiene un cariz sustantivo o material, sin embargo, estimamos que esta calificación previa es condición para la aplicación de una condena desde la legalidad procesal, esto es que nadie puede ser sancionado por un hecho que con anterioridad no estaba previsto como delito. Este recorrido de la legalidad sustantiva nos permite comprender mejor las características del principio de legalidad procesal como directriz del proceso penal.

El Código de Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en adelante, CPPMI)(66) al que nos referiremos con cierta frecuencia por la influencia en el Código Procesal Penal de 2004 (a partir de ahora NCPP) dice sobre este principio lo siguiente:

> "**1. Juicio previo**. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino después de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas, y de las facultades y los derechos del imputado.

(65) ZAFFARONI, Jorge Eugenio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 139.

(66) Este proyecto de Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, fue presentado en 1988 por los procesalistas Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. J. Maier del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La iniciativa de crear estos Códigos Procesales Modelos vinieron de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y en 1967 en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizadas en Valencia. En Venezuela los profesores Vélez Mariconde y Clariá Olmedo fueron designados para elaborar unas bases políticas del Codigo y fueron presentadas en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Bogotá, Colombia en 1970. Este proyecto ha servido de orientación para la construcción de los Códigos Procesales nacionales quienes han tomado las partes consideradas dentro de su tradición las más relevantes (ver FAIRÉN GUILLÉN, Victor. "Notas sobre el proyectado Código de Proceso Penal. Modelo para Iberoamérica". En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/70/art/art4.pdf)>. [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2015]. San Martín Castro reconoce a esta corriente reformadora como parte de la influencia del NCPP (Ver *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 13).

> La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio".

No puede haber una sentencia de condena sin juicio previamente realizado con todas las garantías de ley. Es impensable que una persona sea condenada sin juicio, y sin presencia de ella, aunque en los modelos de Italia y Colombia había juicios con condena en ausencia lo que es incompatible con los sistemas acusatorios modernos y el propio proceso de reforma en Latinoamérica. En la Constitución peruana de 1993 está recogido este principio en el artículo 139, inciso 10 que establece que nadie puede ser penado sin proceso judicial.

El antecedente histórico es la Carta Magna del 15 de diciembre de 1215 suscrita ante la rebelión de los nobles por Juan, Rey de Inglaterra, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania y Conde de Anjou que en el punto 39 y 52 se estableció(67).

> "39.Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído en sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, **sino por el juicio legal de sus pares**, o por la ley del país".

> "54.Si alguno, **sin previo juicio legal de sus pares**, ha sido desposeído o privado por Nos de sus tierras y castillos, libertades o derechos, se lo restituiremos inmediatamente; y si sobre este punto se suscitare alguna disputa, sea decidida la materia por los veinticinco barones que se mencionan más abajo en la cláusula para la conservación de la paz. Además, en cuanto a todas las posesiones de que alguna persona haya sido desposeída o privada sin el juicio legal de sus pares, ya sea por el Rey Enrique, nuestro padre, o por nuestro hermano, en Rey Ricardo, y que Nos tenemos en nuestras manos o son poseídas por nosotros, y que Nos estamos obligados a sanear, tendremos un plazo por el término concedido usualmente a los cruzados; excepto por aquellas cosas sobre las cuales tenemos delito pendiente, o respecto de las cuales se ha hecho una investigación por nuestra orden, antes de que emprendamos la cruzada; pero tan pronto regresemos de nuestra expedición (o si por si acaso desistimos de ella), inmediatamente haremos que se administre justicia con ellos".

(67) Carta Magna. Ver: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>. [Fecha de consulta 27 de febrero de 2015].

Como observamos este principio no es reciente si no tiene larga data, lo que se ha hecho es adecuarlo a los sistemas modernos.

El juicio no solo tiene que ver con el proceso en sí, que es una de las manifestaciones, sino con el hecho que la condena de un acusado tiene que ser el resultado de un razonamiento realizado por el juez competente, fundado en premisas fácticas y jurídicas. Maier dice que una de las premisas es la Ley penal previa(68). Esta concepción reconoce la relevancia constitucional del principio de legalidad. Previa a la regla que no hay pena sin juicio, existe la otra que dice que no hay pena sin ley. Se exige la reconstrucción histórica de los hechos a partir de la actividad probatoria en juicio para imponer una pena.

Binder respecto al juicio previo estima que se ha interpretado como una exigencia de sentencia previa, es decir, que no puede existir una condena que no sea resultado de un juicio lógico expresado en una sentencia debidamente fundamentada(69). Puede haber juicio pero sin garantías, este no existe, es solo una ficción y en regímenes dictatoriales se pueden dar estos. Cuando los jueces presionados por el poder político o económico ya tienen la sentencia antes que declare el propio imputado no hay juicio previo.

El proceso legal previo (*nulla poena sine processu*) supone un procedimiento previo a la sentencia, que le procure los elementos para la decisión del tribunal respecto de la imputación, sobre todo, los elementos que le permitirán construir la premisa fáctica en la que apoyará su resolución, aplicando la ley penal(70). Esto tiene que ver que ninguna persona puede ser sancionada sin haber dilucidado en un proceso legal si es culpable de los cargos.

En el Código Procesal Penal de Costa Rica se dice sobre el principio de legalidad en el artículo 1: Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas y además que la inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

En el Código salvadoreño sobre el principio de legalidad del proceso y garantía del juez natural el artículo 1 establece que toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho

(68) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 479.
(69) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 111.
(70) Ibídem, p. 488.

delictivo de que se trate y ante un juez o tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley.

El Código Procesal de Colombia al respecto de este principio en el artículo 6 dice que: "Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia". Aquí se establece que el procesamiento es con norma vigente en el momento de realización del delito y que si hay modificaciones en el procedimiento y son favorables al reo le serán aplicadas preferentemente si la anterior es desfavorable. Una proyección de este principio de derecho sustantivo. También se proyecta en la ejecución de la pena y en la aplicación de las medidas de seguridad. El Código de Procedimiento Penal de Ecuador hace mayores precisiones al principio de legalidad en el artículo 1 que dice que nadie puede ser penado si no mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del imputado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas. Propone, pues, que se lleve a cabo un proceso judicial garantista y pulcro. En el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en el artículo 3 se adiciona que se deben respetar no solo las leyes nacionales sino los tratados internacionales celebrados. Esto es de suma importancia porque muchas orientaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han determinado en qué circunstancia los Estados han violado derechos y garantías de las personas, generando obligaciones internacionales como reparaciones de las víctimas, nuevos juicios o necesidad de hacer modificaciones a las legislaciones nacionales.

No puede existir una condena sin que se haya juzgado anteladamente a la persona. Esta es una garantía de la administración de justicia. La sentencia debe devenir de un proceso penal realizado con el respeto de derechos fundamentales, si no se viola esta regla, pues, estaríamos ante un proceso formalista en los que la suerte del acusado ya está definida. La afectación del juicio previo, es una violación del debido proceso.

IV. Juicio oral

La oralidad es una herramienta importante dentro del proceso acusatorio, pues es el medio que se emplea para que discurran las afirmaciones de las partes. Como instrumento de comunicación, busca hacer viva la actuación de la prueba, haciendo que la inmediación tenga sentido. Además, busca minimizar el uso de la escritura, sin eliminarla totalmente. En el CPPMI en el artículo 299 establece que el debate sobre la prueba será oral; de esa forma se producirán las declaraciones del imputado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones fundadas del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate. Esto implica que los sujetos procesales y las defensas técnicas tengan la capacidad de argumentar oralmente sus puntos de vista. Ferrajoli dice sobre este tópico "(…) la oralidad del juicio está estrechamente vinculada a la publicidad, de la que representa la principal garantía. La forma hablada, en efecto, implica necesariamente la publicidad, en cuya ausencia las declaraciones, tanto del imputado como de los testigos, deben ser puestas por escrito; y el secreto, si quiere ser conservado, implica la forma escrita, no pudiendo asociarse a la oralidad, sino que requiere la formación de pruebas con anterioridad al juicio público"[71]. La oralidad se mueve en un escenario de publicidad, distinto al escrito propio del inquisitivo que estaba rodeado de secretismo; aunque en casos excepcionales hay oralidad sin publicidad en delitos sexuales por ejemplo.

La oralidad ha sido recogida como principio en el Código Procesal Penal de Colombia que en el artículo 9 dice que la actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

La oralidad que es propia del sistema acusatorio representa una alternativa a la escritura que sienta las bases para el secreto, tan caro para el sistema inquisitivo. Esto fue enfatizado por Montesquieu[72] quien relacionó históricamente con la difusión de la escritura el paso de la forma pública a la secreta en el proceso, señalando que el uso de la escritura fija las ideas y puede ser causa de que se introduzca el secreto, pero cuando no existe tal uso, solo la publicidad del procedimiento puede fijar dichas ideas.

(71) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 619.
(72) Ídem.

Lo oral es entendido como una herramienta que permite que la información que producen las partes en el proceso vaya hacia el juez que como conductor del juicio debe, sobre la base de los datos recabados, adoptar una decisión.

La oralidad es una herramienta o instrumento de comunicación que ha sido elevada a categoría de principio. La oralidad recorre el modelo de tal forma que la trasmisión de información se realiza de esa manera. La oralidad es una herramienta para develar la realidad o lo más cercano a ella; tiene una función similar a la escritura, sin embargo, la oralidad permite la inmediación básicamente de los órganos de prueba, testigos o peritos. No todo lo oral es infalible, o expresa la realidad. Se cree que la parte que mejor utilice la herramienta de la oralidad tiene mejor posición de ganar; entonces se reduce el proceso a una confrontación oratoria, lo cual es incorrecto. Lo expresado mediante lo oral si no tiene sustancia o contenido, es muy difícil que genere convicción sobre el juzgador.

El principio de oralidad en el proceso en general y en especial en el proceso penal, es un instrumento principal que produce la comunicación oral entre las partes y el juez, que por su importancia cimenta y califica todo un sistema procesal(73). Pero hay que colocarlo en su lugar, darle la relevancia que corresponde sin mitificarla.

V. Juicio público

La Constitución en su artículo 139, inciso 4 establece como garantía la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley como es el caso de delitos de violación sexual.

La publicidad permite que cualquier persona pueda conocer las incidencias de un juicio y además permite el control ciudadano del juez. La Constitución además se maximiza publicidad tratándose funcionarios públicos que han defraudado la confianza de la ciudadanía. También los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

Durante el periodo de la revolución francesa los ideólogos reconocieron la importancia de la publicidad para el control por el pueblo de la actividad de los jueces. El Marqués de Mirabeau en un discurso en la Asamblea Nacional

(73) PANTOJA DOMÍNGUEZ, Lizardo. "El principio de oralidad en el Nuevo Código Procesal Penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 20, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011, p. 238.

Francesa decía: "Dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público"(74). El sentido de la publicidad según el político francés era que la publicidad era un mecanismo de control popular de los jueces que al realizar las actuaciones frente a la ciudadanía, estos tendrían márgenes más estrechos para decidir fuera de lo que se había debatido.

Beccaria también era un partidario de la publicidad de los juicios y del control de la opinión pública así: "(…) Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del relato, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones"(75). La publicidad importa que la ciudadanía esté al tanto del juzgamiento, lo que le da transparencia al proceso y permite controlar de esa manera a los jueces, pero ahora se extiende más pues también serán espectadores de cómo se desenvuelven los sujetos procesales, los fiscales, los abogados defensores y las víctimas.

Bentham decía respecto de la publicidad: "(…) los efectos de la publicidad llegan a su máximun de importancia cuando se consideran en relación a los jueces, ya sea para asegurar su probidad, ya sea para otorgar a sus sentencias la confianza pública. Esta publicidad les es necesaria como estímulo, en una carrera llena de penosos deberes, en la que se requieren todas las facultades de la inteligencia y toda la actividad del espíritu; en la que cada día de abandono significa un triunfo para la injusticia y una prolongación del sufrimiento para el inocente. Les es necesaria como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar. Existen demás vicios que son indispensables prevenir. Los defectos provienen del carácter y la publicidad no los cambia, pero un juez, ante una audiencia numerosa, se atreverá menos a dejarse llevar por su impaciencia, por su humor, por ese despotismo de conducta que intimida a abogados y testigos, por esas diferencias de consideración, halagüeñas para unos y humillantes para otros. Se conducirá, ante los ojos del público, con una dignidad sin altivez y mantendrá un sistema de igualdad sin bajeza. Pero cualquiera que sea el efecto de la publicidad sobre la parte externa del juez, ha de ser saludable para la justicia de sus decisiones. Hay un llamado continuo de su tribunal al de la opinión pública. Los espectadores serán otros tantos testigos interesados que observan todos sus pasos y pesan todas sus palabras. ¿Cómo escapar a las miradas desconfiadas y vigilantes? ¿Cómo atreverse a cualquier tergiversación en campo abierto cuando se lleva cuenta de todos sus pasos? Aunque llevase la injusticia en el corazón, sería justo

(74) FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 686.
(75) BONESANA, César. *Tratado de los delitos y de las penas.* Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 84.

a pesar suyo por estar en una posición en la que no puede hacer nada sin suministrar pruebas en contra de sí mismo"[76]. La publicidad es un freno para el juez que tiene que conducirse con el cuidado debido, ya que tendrá las miradas puestas sobre él. Tendrá que dominar sus demonios personales y adoptar una actitud prudente. No podrán tergiversar los hechos que han sido manifestados durante el juzgamiento.

Si inicialmente bajo el pensamiento de Mirabeau la publicidad era para controlar los jueces, Bentham fue más allá porque tal como se concibe modernamente también es para controlar ante la mirada pública cómo se desenvuelven los demás sujetos procesales y los intervinientes como los testigos decía que "(…) la mentira puede ser audaz en un interrogatorio secreto, mas es difícil que lo sea en público e incluso es extremadamente improbable por parte de cualquier hombre que no sea un depravado completo. Todas las miradas dirigidas sobre un testigo lo desconciertan si tiene un plan de impostura: percibe que la mentira puede encontrar un contradictor en cada uno de los que lo escuchan. Tanto una fisonomía que le es conocida como otras mil que no conoce, lo inquietan por igual y se imagina, a pesar suyo, que la verdad que trata de ocultar surgirá del seno de esa audiencia y lo expondrá a los peligros de falso testimonio. Se da cuenta de que hay, al menos, una pena a la que no podrá escapar: la vergüenza en presencia de una multitud de espectadores"[77].

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México considera a la publicidad como un principio rector en el artículo 4.a. indicando que todas las actuaciones serán públicas salvo las excepciones que se establezcan en este código para proteger la integridad física o psicológica de las personas que deban participar en la audiencia, o cuando se ponga en riesgo la revelación indebida de datos legalmente protegidos. El Código Procesal Penal de El Salvador dice en su artículo 13 que los actos del proceso serán públicos, salvo las excepciones establecidas por sus leyes. El Código Procesal Penal de Colombia tiene una concepción más amplia de este principio puesto en el artículo 18 señala que la actuación procesal será pública y que tendrán acceso además de los sujetos procesales, los medios de comunicación y la comunidad en general. La publicidad se exceptúa por el juez cuando se estime que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente

(76) Citado por FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 686.
(77) Ídem.

el éxito de la investigación. Si no se dan estos supuestos el principio que prima es el de publicidad.

Este principio permite que la ciudadanía sepa qué dice el acusado; que detecte si en su versión hay impostura; cómo reacciona ante un interrogatorio del fiscal. Verá si el representante de la fiscalía ha realizado una labor inteligente y adecuada para demostrar la responsabilidad del acusado, o la defensa técnica ha realizado una estupenda labor demoliendo la tesis fiscal. Allí radica la importancia de la publicidad.

VI. Juicio contradictorio

En la base del conflicto hay posiciones en contradicción, y trasladado esto dentro de un esquema garantías es que en el proceso judicial debe tutelarse que las partes puedan confrontar sus posiciones. Cuando solo se escucha a una parte y no a la otra se viola el contradictorio por lo que las legislaciones procesales se han elevado a categoría de principio.

El artículo preliminar del Código Procesal Penal de Francia (CPPFR) inciso I dice que el enjuiciamiento penal debe ser equitativo y contradictorio así como preservar el equilibrio de los derechos(78). Esto también es recogido por el Código Procesal Penal de Costa Rica (CPPCR) en su artículo 326 como principio del juicio que como fase esencial del proceso se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, **contradictoria** y continua. La legislación colombiana en esta misma línea en su Código Procesal Penal de Colombia (CPPCol) establece que el del imputado tiene derecho a un juicio contradictorio, (art. 8.k); y en el artículo 15 dice sobre el principio de Contradicción que las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada. El contradictorio no queda pues en abstracto para una cita académica en un manual o tratado del proceso penal sino que va a pisar tierra en la actividad probatoria.

Para Fairén es fundamental el principio de contradicción o de audiencia bilateral (*Ne absens dormetur*). Considera el ilustre procesalista de Zaragoza que a cada una de las partes debe concederse una cantidad y calidad de "oportunidades" o "chances" según terminología de J. Goldschmidt - para intervenir,

(78) Ley Nº 2000-516 del 15 de junio de 2000. Artículo I. Diario Oficial del 16 de junio de 2000.

atacando, defendiéndose, probando, etcétera, que sea igual para ambas, lo que él denomina una isonomía procesal. A cada acción la contraparte debe tener una posibilidad de reacción(79). Si no se permite esto se viola el contradictorio. Aunque esto según Fairén se atenúa con la denominada presunción de inocencia que favorece a los culpables que para él es discutible.

El juicio debe ser contradictorio, porque las partes presentarán con respecto a las controversias sus posiciones formulando sus teorías. El contradictorio permite que se garantice el derecho de defensa, pues emplearán los instrumentos jurídicos y técnicos para persuadir al juez que tienen la razón. Las partes van a esgrimir sus hipótesis y sus medios de prueba para verificarlas, y estas van a tener que ser confrontadas en el proceso. De allí deviene una dialéctica que permite arribar a la verdad. El juez en esa batalla de posiciones tendrá que generarse convicción sobre los hechos del caso puesto en su conocimiento.

VII. Independencia e imparcialidad

Hace más de doscientos años Cesare Bonesana se refería respecto de la actitud de los jueces frente a un acusado, y recomendaba qué postura asumir para demostrar su imparcialidad:

> "El momento crítico ha llegado en que el acusado va a comparecer ante sus jueces. Pregunto yo: ¿De qué modo le vais a acoger? ¿Le recibiréis como magistrados o como enemigos? ¿Queréis asustarle o instruiros? ¿Qué se hará este hombre, sacado súbitamente de su calabozo, cegado con la luz a que sale, y transportado de un golpe entre los hombres que van a tratar de su muerte? Temblando, se atreve apenas a fijar su ojo incierto sobre los árbitros de su suerte, y las severas miradas que encuentra le asustan y aterran. Cree poder leer de antemano su sentencia sobre las arrugas siniestras de sus frentes; sus sentidos turbados ya se atemorizan al oír unas voces roncas y amenazadoras; la poca razón que le queda, acaba de confundirle, sus ideas se desvanecen, y su trémula voz puede apenas proferir una palabra incierta; y para consuelo de males, sus jueces imputan tal vez al crimen. Un desorden producido únicamente por el terror que inspira su aspecto. ¡Cómo! ¡No conocéis la causa de la consternación del acusado, vosotros que no os atreveríais tal vez a hablar con confianza delante de una asamblea de unos cuantos hombres! Dulcificad esa frente

(79) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. UNAM, México, 1992, p. 33.

> severa; haced que vuestras miradas denoten aquella tierna inquietud que inspira un hombre que deseamos sea inocente: que vuestra voz, dulce aunque grave parezca abrir con vuestra boca el camino de vuestro corazón; ocultad el horror secreto que os inspira la vista de esos grillos y la de los andrajos de la miseria; cuidad de no confundir estas señales equívocas del crimen, con el crimen mismo: y pensad que tal vez estas tristes apariencias encubren un hombre virtuoso. ¡Qué objeto! Levantad vuestras miradas, y ved sobre vuestras cabezas, la imagen de vuestro Dios, inocente, y acusado: sois hombres, sed pues humanos; sois jueces, sed moderados; sois cristianos, sed caritativos. Hombres, jueces, cristianos, cualquiera que seáis, respetad la desgracia, sed dulces y compasivos, para con un hombre que se arrepiente, y que tal vez no tiene de qué arrepentirse"[80].

El CPPMI en su artículo 2 dice sobre este principio: "2. Juez imparcial. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales independientes de los poderes del Estado, solo sometidos a la ley. La ejecución penal estará a cargo de un tribunal judicial". Aquí hay un reconocimiento de la necesidad que las personas sean juzgadas por jueces imparciales y que estos sean independientes del Poder Ejecutivo o Legislativo, lo que politizaría su intervención en el proceso judicial.

El proceso judicial que se sustenta en un fenómeno de "heterocomposición", es esencial que el tercero, es decir el juez sea imparcial; pues debe hallarse por encima de las partes sobre su discusión, sin inclinarse hacia una u otra si no es por imperativos de justicia; lo cual no debe obstar a su contacto "humano" con las mismas, y que para Fairén es un bellísimo problema, de solución muy difícil[81]. Esto último tiene que ver con que no se puede confundir el ejercicio de la actividad jurisdiccional por el juez con cierta disciplina, porque es el director del proceso y debe regular la actividad de las partes con equidad.

La imparcialidad del juez implica que este dentro de un proceso, debe mantener objetividad, equilibrio, y prudencia respecto de las partes. La inclinación a favor o en contra de alguno de ellos podría posibilitar la duda de su imparcialidad, de tal forma que se le podría solicitar que se abstenga por decoro o en el peor de los casos presentar una recusación.

(80) BONESANA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, pp. 154-155.
(81) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 33.

Desde la jurisprudencia constitucional, tenemos que en la STC Exp. N° 04298-2012-PA/TC del 17 de abril de 2013, se dice respecto a los principios de independencia e imparcialidad de los jueces lo siguiente:

> "Sobre el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, este Colegiado ha tenido ocasión de precisar en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0004-2006-PI/TC, FJ. 20, que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el principio de imparcialidad, estrechamente ligado al principio de independencia funcional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso. Así, el principio de imparcialidad judicial posee dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; b) Imparcialidad objetiva, está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable".

En la STC Exp. N° 3361-2004-AA/TC, Jaime Amado Álvarez Guillén, Ica, del 12 de agosto de 2005, se dice:

> "(…) la ausencia de mecanismos de interferencia, tanto internos como externos, en el ejercicio de la función jurisdiccional. En el primer caso se hace alusión a la organización jerarquizada de la judicatura, impidiendo que dicha estructura permita que algún magistrado de los niveles superiores pretenda influenciar o ponga en peligro la imparcialidad de los jueces de los niveles inferiores. La independencia externa, en cambio, supone una garantía política que si bien alcanza al juez como funcionario individual, tiene mayores implicancias en cuanto a la corporación judicial, entendida como PJ".

Para Jaén Vallejo la imparcialidad judicial es una garantía de la función jurisdiccional ligada a la preservación del principio acusatorio. El Tribunal Constitucional español de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos distingue entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad subjetiva. La primera exige que el juez considere asuntos que le sean ajenos, que no tenga interés de ninguna clase, ni directo ni indirecto y la imparcialidad objetiva hace referencia a la necesidad que un eventual contacto anterior del juez con el *thema decidendi*, desde un punto de vista funcional y orgánico excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad[82].

(82) JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pp. 48-49.

En España la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 declaro la inconstitucionalidad de los procedimientos penales con instrucción y fallo a cargo del mismo juez, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la separación de funciones. Este Tribunal en la sentencia de 1-10-1982, caso Piersack consideró que se había vulnerado el artículo 6.1 del Convenio de Derechos Humanos en un caso en que el presidente del Tribunal había fallado una causa en la que previamente había actuado dentro de la Fiscalía. Aquí los elementos valorados fueron subjetivos.

Otra sentencia del Tribunal Europeo fue el caso De Cubber del 26-10-1984 que estimó que se había vulnerado el 6.1 del Convenio. Fue el caso de un juez que formó parte del tribunal de Audenarde de Bélgica que decidió sobre la fundamentación de la acusación dirigida contra el demandado habiendo siendo de esta misma persona juez de instrucción. La sentencia dijo "las apariencias pueden revestir importancia" citando el adagio inglés *justice must only be done: it must also be seen to be done* (no solo se debe hacer justicia, sino que es necesario que se vea que se hace justicia). El Tribunal concluyó que era justificado que el inculpado temiera que el tribunal que lo juzgaría actuaria de manera parcializada,

La teoría de las apariencias[83] acuñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido acogida en la jurisprudencia constitucional así:

> "(…) que si bien la imparcialidad personal de un juez se presume a falta de prueba en contrario, también hay que tener en cuenta cuestiones de carácter funcional y orgánico, y, en ese sentido, debe comprobarse si la actuación del juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará que, incluso las apariencias, pueden revestir importancia (Casos Piersack y De Cubber) (…) existen situaciones concretas que desmerecen la confianza que deben inspirar los tribunales o determinados jueces en la sociedad, las cuales pueden darse, entre otras, por evidente prevalencia de preferencias políticas en las decisiones, demostraciones públicas desproporcionadas respecto a su posición personal en determinado fallo, falta de neutralidad en la actuación de los jueces, desacato a los deberes de la propia organización del Poder Judicial, y, con mayor razón, la imparcialidad judicial en casos en que el

(83) A esta teoría es aplicable la regla que la mujer del César no solo debe ser honrada, además debe parecerlo. Esta frase célebre que dio el emperador Julio César fue para justificar el divorcio con su esposa Pompeya, originado por el incidente que provocó el político y militar Publio Clodio Pulcro quien, disfrazado de mujer, se introdujo en una liturgia femenina de la diosa Bona Dea que la esposa había organizado.

> juez haya sido sancionado en reiteradas oportunidades por las mismas infracciones u otras relacionadas a su actuación".

Estas características del juez proyectan sobre las partes dudas sobre su imparcialidad. Que se deje llevar por sus prejuicios, ideología, o por las sanciones por infracciones relacionadas a casos similares pueden ser elementos a ser tomados en cuenta para su credibilidad. De allí que el TC considere que:

> "(...) el juez debe ser un sujeto que goce de credibilidad social debido a la importante labor que realiza como garante de la aplicación de las leyes y la Constitución, lo cual implica, obviamente, despojarse de cualquier interés particular o influencia externa (…) su propio estatuto le exige la observación de una serie de deberes y responsabilidades en el ejercicio de sus funciones. Esto, a su vez, justifica la existencia de un poder disciplinario interno para el logro de la mayor eficacia en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas".

En la STC N° 00001-2009-PI/TC, Colegio de Abogados de Lima, del 4 de diciembre de 2009 se dijo que el principio de imparcialidad se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo y recoge la imparcialidad subjetiva y objetiva ya reseñadas.

Una forma de afectar el principio del juez imparcial es ser juez instructor y de fallo. Estos vicios se condensan en el proceso sumario regulado por el Dec. Leg. N° 124 que como hemos visto párrafo arriba en España fueron declarados inconstitucionales en la legislación española. De allí la necesidad que esta clase de proceso inquisitivo deba desaparecer de nuestro sistema. Veamos cuáles son los argumentos que empleó el TC en la Sentencia 145/1988 para concluir que un juez que tiene funciones de instrucción y fallo no es un juez imparcial:

> "Fundamentos jurídicos:
>
> 1. (...) garantías constitucionales que impone la Norma suprema.
>
> Entre ellas figura la prevista en el artículo 24.2 que reconoce a todos el derecho a "un juicio público (...) con todas las garantías", garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas

de recusación y de abstención que figuran de las leyes. La recogida en el citado artículo 54. 12 de la L.E.Cr. busca preservar la llamada imparcialidad "objetiva", es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que esta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la L.E.Cr.). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso "De Cubber", de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso "Piersack", de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias.

Y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de "un proceso público" que también exige el citado artículo 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el artículo 120.2, ambos de la Constitución.

7. (...) Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios

respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora. Por ello es cierto que no toda intervención del juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar.

(...) La Ley encarga al juez otras actuaciones. Así, el juez, que debe oír la declaración del detenido, puede realizar en ocasiones un verdadero interrogatorio, lo que implica el riesgo de provocar una primera impresión sobre su culpabilidad o inocencia. Debe decidir también sobre su situación personal de acuerdo con lo establecido en los artículos 503 y 504 de la L.E.Cr., es decir, sobre la prisión provisional del detenido (art. 5.1 de la Ley Orgánica 10/1980). Esta última decisión exige del juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación, pues para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos "que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de prisión" (art. 503.3 de la L.E.Cr.) (...).

8 (...). Ello conduce a que sea sin duda el legislador quien debe asumir la tarea de reformar ese procedimiento o substituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso.

9. (...) La presente Sentencia se limita, por tanto, a declarar la inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad del citado párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 10/1980 según el cual "en ningún caso les será de aplicación (a los jueces que conozcan de las causas tramitadas con arreglo a la Ley 10/1980) la causa de recusación prevista en el apartado 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" (...).

Fallo:

1.° Estimar parcialmente las cuestiones de inconstitucionalidad 1.344/1987 y 1.412/1987, acumuladas, y en consecuencia, declarar inconstitucional y, por tanto, nulo el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, del 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

2.° Desestimar las cuestiones en todo lo demás.

Colmenero al analizar el principio del juez imparcial y pese a que no lo reconoce explícitamente la Constitución española, si es consagrado por instrumentos internacionales de derechos humanos:

> "2. Contar con la imparcialidad del juez constituye un paso previo e imprescindible para un juicio verdaderamente justo. Desde esa perspectiva, no solo es un principio exigible para una adecuada configuración del sistema en un Estado de Derecho, sino que es además un derecho del justiciable. Sin embargo, no aparece expresamente contemplado en la Constitución. Sí lo hace en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, París 1948; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950, y también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York en 1966. Textos internacionales que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, deben orientar la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución"(84).

La doctrina le da la relevancia correspondiente pues consideran que la imparcialidad es la nota esencial de la actividad jurisdiccional y cuando esta no exista o esté erosionada tanto cuando el juez se halle situado al lado de una de las partes en conflicto y en su ánimo no haya disposición de solucionar correctamente la cuestión no se puede hablar de proceso(85). El juez tiene el deber de examinar si hay datos objetivos que afecten su imparcialidad y en su ánimo subjetivo hay algún prejuicio o idea que lo pueda predisponer a alguna de las partes. Ese equilibrio es lo que se valora en el juez imparcial.

El Código Procesal Penal de Costa Rica consagra como principio la independencia así:

> "**Artículo 5. Independencia**
>
> Los jueces solo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley.
>
> En su función de juzgar, los jueces son independientes de todos los miembros de los poderes del Estado.

(84) COLMENERO, Miguel. *La garantía del Derecho a un juez imparcial*. <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/14695/1/PD_55-2_08.pdf> [Fecha de consulta 12 de abril del 2014].

(85) NATARÉN NANDAYAPA, Carlos Faustino. *Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionadas en la ley*. UNAM, Mexico. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art5.pdf>, p. 75 [Fecha de consulta: 23 de julio de 2014].

> Por ningún motivo, los otros órganos del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión firme; tampoco podrán interferir en el desarrollo del procedimiento. Deberán cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por los jueces, conforme a lo resuelto.
>
> En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez deberá informar a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga del pleno de la Corte, el informe deberá ser conocido por la Asamblea Legislativa".

Básicamente se reconoce que los jueces solo están sometidos a la Constitución, y que su independencia implica el distanciamiento de todos los poderes del Estado. Si hay interferencia en la función jurisdiccional los jueces están obligados a informar a la Corte Suprema, y si este ente dentro del poder judicial es el que realiza actos que afectan la independencia, el control se traslada al Poder Legislativo que deberán ser informados para que tomen las acciones que reviertan aquellos.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México también tiene reconocido el principio de independencia y las formas para protegerlo cuando es afectado:

> "**Independencia**
>
> **Artículo 19**. En su función de juzgar, los jueces deberán de ser independientes de los demás integrantes del Poder Judicial, de los otros poderes del Estado y de la ciudadanía en general.
>
> Todas las autoridades están obligadas a prestar la colaboración que los jueces requieran en el ejercicio de sus funciones y deberán cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por ellos.
>
> Por ningún motivo y en ningún caso los órganos del Estado podrán interferir en el desarrollo de las etapas del proceso.
>
> En caso de interferencia en el ejercicio de su función, proveniente de otro Poder del Estado, del propio Poder Judicial o de la ciudadanía, el juez o tribunal deberá informar sobre los hechos que afecten su independencia al Consejo de la Judicatura del Estado, en cualquier caso este deberá adoptar las medidas necesarias para que cese la interferencia, independientemente de las sanciones administrativas, civiles, penales y aquellas previstas en la Constitución Política del Estado, a que la interferencia pudiera dar lugar".

El Código Procesal Penal de El Salvador, en la misma orientación de tutela de la independencia judicial dice en su artículo 4 que los jueces solo estarán sometidos a la Constitución, al derecho internacional vigente y demás leyes de la República y que en caso de interferencia en el ejercicio de la función judicial, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia los hechos que afecten su independencia; y si la interferencia proviene de la propia Corte Suprema de Justicia, de alguno de sus magistrados o de otro tribunal, el informe será presentado además a la Fiscalía General de la República, al Consejo Nacional de la Judicatura que deberán realizar las acciones necesarias para sancionar esos actos vedados.

VIII. Juez natural. Órgano competente

El Código Procesal Penal de Costa Rica, respecto del principio del juez natural dice en su artículo 3 que:

> "Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá solo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley".

En esta norma hay una prohibición expresa de designación de lo que se conoce como jueces ad hoc o digitados especialmente para encargarse de algún caso en particular, y además que solo los jueces pueden realizar los juzgamientos y aplicar la ley penal. Nadie puede hacerlo sino está investido de facultades jurisdiccionales o de decisión.

El Código de Procedimiento Penal colombiano siguiendo esta regla en su artículo 19 dice que nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad hoc o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria. Este es un punto interesante porque pueden construirse jurisdicciones especiales para determinados delitos, pero estos deben estar designados por ley antes y no después.

El procedimiento para la designación de los jueces debe ser de acuerdo a la norma constitucional o a sus reglamentos, hacer una designación por encima de esto es ir contra el principio del juez natural. Esta regla la consagra el artículo 1 del Código Procesal Penal de Argentina. Nos recuerda las interferencias al poder judicial que se hicieron durante el régimen del ex presidente Fujimori.

En esta línea el Código Procesal Penal de Chile en su artículo 2 establece que nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal

que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho. La idea central es designación bajo procedimientos legales previos y que estén instalados antes que haya ocurrido el hecho delictivo imputado. Es la misma orientación que sigue el Código Procesal Penal de Ecuador (art. 3) y el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (art. 18).

Cuando sucede un hecho delictivo, el juez que debe conocer la causa debe estar designado previamente de acuerdo a los procedimientos que con una u otra diferencia se hacen en cada sistema jurídico nacional. Esto abarca también que el derecho que ningún imputado puede ser desviado de la jurisdicción que le corresponde. Por ejemplo, que civiles sean juzgados por el fuero militar y así lo ha establecido la Corte Interamericana en los casos de personas vinculadas al terrorismo que fueron procesados por tribunales militares como la sentencia Castillo Petruzzi y otros vs. Estado Peruano dictada el 30 de mayo de 1999. Para ilustrarnos nos referiremos al argumento de la Corte concluyendo que el Estado Peruano violó el principio del juez natural.

"Violación del artículo 8

(Garantías Judiciales y Debido Proceso)

> 123. La Comisión alegó que en el proceso llevado a cabo en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria contra los señores Castillo Petruzzi, Mellado Saavedra, Astorga Valdez y Pincheira Sáez, el Estado violó los siguientes derechos y garantías del debido proceso legal contemplados en la Convención Americana: a ser oído por un tribunal independiente e imparcial (artículo 8.1); a la presunción de inocencia (artículo 8.2) con relación a la defensa (artículos 8.2.c y d), a interrogar a los testigos presentes en el tribunal (artículo 8.2.f), y a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h); y a un proceso público (artículo 8.5).
>
> Juez Natural y Competente
>
> 124. El artículo 8.1 de la Convención establece que: toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley**, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

125. Argumentos de la Comisión:

a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que "ha surgido un consenso internacional, no solo sobre la necesidad de restringirla en todo lo posible, sino además de prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia";

b) el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares o especiales en el sentido de que ello "podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia (...). Si bien el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional";

c) el "fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad" y, según expresara la Comisión en su informe anual de 1993, la aplicación de la jurisdicción militar a civiles contradice la garantía del juez natural establecida en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana;

d) la coincidencia en las Fuerzas Armadas de las funciones de lucha antiterrorista y desempeño jurisdiccional propio del Poder Judicial, "pone en serias dudas la imparcialidad de los tribunales militares, que serían juez y parte en los procesos". La actuación del juez de instrucción militar, mediante la cual detuvo a los imputados, embargó sus bienes y tomó declaración a los testigos y a personas sujetas a investigación, violenta el derecho a un juez imparcial, pues las funciones de instrucción y juzgamiento se asumen y desempeñan por una misma persona, titular o componente de un determinado órgano jurisdiccional;

e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible solo

si juzgasen delitos de orden militar. Si bien la Ley Orgánica de Justicia Militar establece en su título preliminar la autonomía de la función jurisdiccional, otras normas del mismo cuerpo legal establecen su dependencia del Poder Ejecutivo y la ausencia en sus cuadros de profesionales del Derecho. La citada ley establece, en su artículo 23, que el Ministro del sector pertinente designa a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar. En la práctica, los jueces militares siguen estando subordinados a sus superiores y deben respetar la jerarquía militar establecida. Por estas razones, dichos tribunales no "ofrecen garantías de imparcialidad e independencia para los civiles, toda vez que los jueces militares actúan bajo una lógica militar y de acuerdo a sus principios";

f) la figura del juez natural "impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales". En el caso peruano, el *nomen iuris* de traición a la patria es un elemento utilizado para "dar apariencia de legalidad a esta alteración discrecional" y desplazar la competencia hacia el fuero militar, sustrayendo la misma al juez natural. La existencia del juez natural "no es dependiente exclusivamente de que haya una ley, (...) el juez natural es un concepto, que desde el punto de vista del derecho internacional, necesita satisfacer los requisitos del artículo 8, entre otros, de la Convención Americana"; y

g) el Decreto-Ley Nº 25.475 establece en su artículo 15 inciso 1, que aquellos militares que intervengan en el conocimiento de delitos de terrorismo mantendrán en secreto su identidad; consecuentemente, las resoluciones y sentencias no llevan ni firma ni rúbrica. La utilización de los tribunales "sin rostro" ha negado a los imputados el derecho a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a defenderse y el derecho al debido proceso. Este tipo de juzgamiento afecta la posibilidad de que el procesado conozca si el juez es competente e imparcial.

126. Argumentos del Estado:

a) durante el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional se aprobaron los Decretos-Leyes Nºs 25.475 y 25.659. "Posteriormente alcanzó consagración constitucional la competencia del fuero militar para el conocimiento de procesos contra civiles en los casos taxativa y expresamente señalados en el artículo 173 de la Constitución

de 1993". El artículo 139 de la Constitución Política vigente en el Perú estableció la independencia jurisdiccional y, consecuentemente, la del fuero privativo militar, y señaló que las disposiciones de la jurisdicción militar "no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina";

b) el artículo 139.1 de la Constitución Política vigente establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la cual recae sobre el Poder Judicial, "con excepción de la militar y la arbitral". Esta disposición es coincidente con la consagrada por la Constitución Política de 1979, en su artículo 233 inciso 1) y por el artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sobre esta base, la misma Constitución Política vigente estableció en su artículo 229 que por ley se determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares. Lo anterior permite "apreciar con absoluta claridad que en el ordenamiento constitucional y legal del Perú ha sido una constante precisar la naturaleza independiente de la Justicia Militar";

c) el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar debe ser analizado de acuerdo con el artículo 27 de la Convención, que establece la "posibilidad [de] que los Estados asuman medidas excepcionales, en caso de peligro público o de otra emergencia que amenace la seguridad del Estado [P]arte";

d) el derecho a la jurisdicción implica que "el procesado debe ser juzgado por los jueces designados antes del hecho de la causa con provisión expresa de que el individuo sea sometido" a un tribunal creado por ley, y no que dichos jueces sean de la jurisdicción militar o la común;

e) es contradictorio, con base en lo resuelto por la Corte en el caso Loayza Tamayo, pretender en este caso negar validez a un pronunciamiento de la jurisdicción militar:

Si una decisión de la justicia militar como la recaída en el caso de la señora Loayza Tamayo, errada o no, ha servido para fundamentar una sentencia de esta Corte, consideramos que en el presente constituye un contrasentido pretender negar validez y eficacia a un pronunciamiento de esa misma jurisdicción, lo que significaría que en ciertas ocasiones tendrían valor las actuaciones de la Justicia Militar y si es que abonan en favor de los intereses que representa la Comisión y

por el contrario, si esas actuaciones no convienen a esos intereses carecerían de valor.

127. La Corte considera que el Código de Justicia Militar del Perú limitaba el juzgamiento militar de civiles por los delitos de traición a la patria a situaciones de guerra externa. Esta norma fue modificada en 1992, a través de un decreto-ley, al extender la posibilidad de juzgamiento de civiles por tribunales militares, en todo tiempo, en los casos de traición a la patria. En este caso, se estableció la competencia investigadora de la DINCOTE y un proceso sumarísimo "en el teatro de operaciones", de acuerdo a lo estipulado por el Código de Justicia Militar.

128. La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En este sentido se definía en la propia legislación peruana (art. 282 de la Constitución Política de 1979). El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

129. Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear "tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios".

130. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las

encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

131. Este Tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, "lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción".

132. En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal.

133. Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean "sin rostro", determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces.

134. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención".

Este principio ha sido recogido en las sentencias del Tribunal Constitucional como la STC N° 2380-2007-PHC/TC del 25 de julio de 2007, que consolida pronunciamientos anteriores (STC 1076-2003-HC/TC, 0290-2002-HC/TC, 1013-2003-HC/TC) en las que dicen que mediante al derecho al juez natural o a la jurisdicción predeterminada por la ley se garantiza que el juzgamiento de una persona o la resolución de una controversia determinada, cualquiera sea la materia, no sea realizada por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales creadas para tal efecto, cualquiera sea su denominación, sino por un juez cuya competencia haya sido previamente establecida por la

ley. Esto garantiza que ninguna persona puede ser juzgada por jueces designados después del hecho presuntamente delictivo o ad hoc.

En la STC, Exp. N° 1261-2002-HC/TC del 8 de julio de dos mil dos, se sostiene que de acuerdo con el artículo 2, inciso 20), literal l, de la Constitución Política de 1979, y el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, toda persona tiene derecho al juez natural, considerando que "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos (...)" Asimismo, dicho derecho es garantizado por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho "a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad en la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado, deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial"(86). Como observamos el principio del juez natural tiene cobijo en tratados internacionales y en la propia Constitución, la misma que generalmente se distorsiona en situaciones políticas extremas como fue en el caso de la década de los ochenta y noventa cuando el terrorismo y las bandas delincuenciales asoló el Perú y en ese momento se les ocurrió juzgarlos en el fuero militar con procedimientos similares al de sumarios en teatro de operaciones, y que fueros declarados inconstitucionales por el TC y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la casuística constitucional tenemos cuestionamientos en vía de ejecución de sentencia a decisiones jurisdiccionales de traslado de penales. En la STC, Exp. N° 591-97-HC/TC, frente al traslado de condenados de un penal a otro, se señaló que esto había sido dispuesto por órgano competente, por haber establecido que los condenados habían expresado una regresión en el tratamiento y que esa decisión no vulneraba su derecho de defensa, y que la competencia se encontraba amparada con las disposiciones de la Resolución Administrativa Nº 340-CME-PJ, del 14 de marzo de 1997, que reguló la organización de las Salas Superiores y Juzgados Especializados en delitos de robo calificado y otros, concediéndoles competencia a nivel nacional, también para fines de ejecución.

(86) Caso Tribunal Constitucional del Perú, en Sergio Garreta Ramírez. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Universidad Autónoma de México, 2001, p. 417, párrafo 77.

IX. Plazo razonable

Como principio el plazo ha alcanzado reconocimiento en las convenciones internacionales de derechos humanos y en las constituciones nacionales, expresándose en la fórmula que el imputado debe ser juzgado en un tiempo razonable, tal como se menciona en el artículo 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), suscrito en Roma en 1950 y en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica. De este derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable se deriva otro derecho: el de ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas como se establece en el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá, 1948, el artículo 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Constitución española de 1978, artículo 24.2. En la Sexta Enmienda de la Constitución de los EE. UU, se reconoce el derecho a un "juicio rápido" o "speedy trial"(87) y que ha sido desarrollado en fallos de la Corte Suprema como los siguientes:

Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970). La Corte Suprema falló que en el juicio del imputado en 1968, por delitos por los que fue acusado en 1960, se violó el derecho a un juicio rápido incluido en la sexta enmienda. El derecho a ser juzgado rápidamente está arraigado en la necesidad de que los cargos sean prontamente expuestos y que el deber de la autoridad que trae los cargos es proveer un juicio rápido donde no hubo ninguna razón válida para la demora.

Barker v. Wingo, 407 U.S. 514, 530 (1972). Los factores relevantes para determinar si el derecho a ser juzgado rápidamente ha sido violado incluyen: la duración de la demora, el motivo de la demora, la manifestación del imputado denunciando la violación de este derecho, y el perjuicio producido al imputado. La duración de la demora es evaluada tomando en cuenta las circunstancias particulares; por ejemplo, la tolerancia para la demora en el caso de un delito ordinario de la calle es menor que con un cargo de conspiración compleja. Id. en 530-531. Con respecto a la razón que el Estado da para justificar la demora, un intento deliberado por parte de la acusación de debilitar a la defensa se consideraría seriamente contra el Estado. Id. en 531. Un ejemplo

(87) En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de asesoría legal para su defensa.

de una razón legítima por una demora sería que un testigo no se encuentre. Id. La manifestación por parte del imputado de que se ha violado su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye un elemento probatorio relevante a los fines de establecer la violación de esa garantía. Id. Sin embargo, si el imputado no hace valer su derecho, le será difícil probar que fue negado a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Id. El factor final, el prejuicio, debe ser evaluado considerando tres intereses: "(i) para evitar la prisión preventiva opresiva; (ii) para minimizar la ansiedad y la preocupación del imputado; y (iii) para limitar la posibilidad de que la defensa sea perjudicada". Id. El último factor es el más importante, ya que es probable que el perjuicio resulte de la muerte o la desaparición de testigos, o de la pérdida de memoria. Id. En Barker, la Corte falló que el imputado no sufrió un perjuicio grave por la demora de cinco años entre la detención y el juicio, y el imputado mismo no quería un juicio rápido, así que no hubo violación constitucional. Id. en 534-536.

Strunk v. United States, 412 U.S. 434, 440 (1973). Un cargo debe ser desestimado si un tribunal determina que el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente ha sido violado, y tal desestimación es el único remedio posible(88).

El tiempo es considerado como un medio para la periodización y la ordenación lineal de la relación entre distintos acontecimientos(89) por lo que tiene indudablemente un conexión estrecha con el proceso, que sugiere un desarrollo, una dinámica de realización de actos procesales. La concreción del tiempo se va a dar en los plazos y sus términos que son los límites para el cumplimiento. Por ello es de singular importancia la tutela de los plazos. El tiempo que se pierde ya no se recupera, por lo que este puede afectar al imputado cuando permite desaparecer la prueba. En tribunales peruanos hemos visto casos que han sido anulados una y otra vez habiendo pasado hasta doce años lo que va en perjuicio de quienes están siendo procesados, además de acarrearle daños de carácter emocional.

En la jurisprudencia constitucional, STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC, del 19 de octubre de 2009, se dice que el **derecho a ser juzgado en un plazo razonable es una expresión implícita del derecho al debido proceso y que goza de reconocimiento expreso en el artículo 14, inciso 3.c de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que otorga el derecho al imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas"; y en el artículo 8, inciso 1 de**

(88) Hiroko Ushimaru. <http://procesalpenalcam.blogspot.com/2009/09/jurisprudencia-de-la-suprema-corte-de.html#.VPV0r_mG8iE> [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2015].

(89) PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 73, 74.

la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: " Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. Como sabemos que el plazo razonable es distinto al plazo legalmente fijado en la misma STC se establecen presupuestos para determinar cuánto debe durar el plazo y son **1. La actividad procesal del interesado, 2. La conducta de las autoridades judiciales, y 3. La complejidad del asunto**(90). Estos aspectos deben ser evaluados de acuerdo a cada caso y circunstancias para inferir válidamente si es que se ha violado el derecho al plazo razonable. Cuando se evalúa la actividad procesal del interesado, es de apreciar si esta ha sido dentro de una defensa que no ha buscado intencionalmente dilatar el proceso y en la STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC se dice que se debe distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado de la denominada "defensa obstruccionista" que es una señal de la mala fe del procesado y que es un recurso repudiado por el orden constitucional. En consecuencia, "(...) la demora solo puede ser imputable al acusado si este ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento(91)". No se puede reclamar violación del plazo a ser juzgado en un tiempo razonable si es que el procesado ha realizado actos para dilatar el proceso deliberadamente, y en la experiencia lo vemos en la inasistencia de las partes en las audiencias justificando luego con certificados médicos, y en las siguientes ya no vienen las defensas técnicas, y luego en el curso cambian de abogado exigiendo que se les otorgue plazo para estudiar el "expediente" y en la siguiente se vuelven a aparecer con distinto abogado, si es que no han presentado una recusación a los jueces. Entonces aquí debe haber sanciones para esta parte procesal, o a sus abogados, como que el tiempo perdido no debe ser computado además de los apercibimientos o multas que se les debe imponer empleando la autoridad su poder disciplinario.

1. La celeridad en la actuación de los órganos judiciales

La celeridad es una forma de hacer respetar el plazo razonable. Actos procesales tardíos afectan el derecho de las partes. Este es un principio acogido por el Código de Procedimiento Penal de Ecuador que en su **artículo 6 dice que para** el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas: excepto en lo que se refiere a la interposición y

(90) Estos criterios provienen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genie Lacayo y Suárez Rosero y han sido recogidos por el Tribunal Constitucional en las SSTC Exps. Nº 618-2005-PHC/TC y Nº 5291-2005-PHC/TC.

(91) Ver Informe N° 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2)".

fundamentación de recursos, en cuyo caso correrán solo los días hábiles. La idea es que el proceso penal afecta derechos de las partes como son las medidas cautelares, debe realizarse con la rapidez necesaria.

La STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC propone criterios para examinar la manera como el órgano jurisdiccional ha venido llevando el proceso penal para ser equilibrado respecto de la actuación del imputado. Sostiene que es preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. Estima que es censurable la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45). Es necesario humanizar el proceso judicial porque la diligencia de un juez tiene que ver con su inserción responsable dentro del proceso.

Uno de los grandes males de la administración de justicia es no resolver en los plazos legales, que es una verificación que hace el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC. Esta demora puede deberse por la pasividad o inactividad del órgano judicial y que trae como efecto retardo del proceso(92). Un caso concreto imputable al órgano jurisdiccional es aquel que generó la STC Exp. Nº 0485-2005-PHC/TC, en que el accionante demandante fue acusado en un proceso sumario iniciado en el año 1999. Posteriormente se emitieron dos sentencias absolutorias que fueron declaradas nulas por el tribunal superior, fundamentando su decisión en la no consecución del objeto del proceso, sin tener en consideración la naturaleza sumaria del proceso con cuyo plazo es de 60 días, prorrogable a 30 más. Se dilató el juzgamiento cinco años, no hubo celeridad en las actuaciones judiciales, más aún si esta demora era generada por el propio Poder Judicial.

La STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC, señaló que el inicio del cómputo del plazo razonable es desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente o la imputación, ya sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad

(92) Otras SSTC son Exp. Nº 6390-2006-AA/TC. Caso: Margarita del Campo Vegas. F.j. Nº 7: Omisión de pronunciamiento del Tribunal de honor; Exp. Nº 549-2004-HC/TC. Caso: Manuel Rubén Moura García. F.j. Nº 1: Omisión de expedición de sentencia; Exp. Nº 3771-2004-HC/TC. Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón. F.j. Nº 1: Omisión de expedición de sentencia.

competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. Desde ese conocimiento debe computarse el inicio del plazo. El TC al constatar que en este caso estaban involucrados 35 imputados estimó que esto le daba complejidad al caso penal, y por ello, se hizo la desacumulación a partir del año 2007, cuando el proceso penal tenía ya seis años de iniciado. Aquí la demora es imputable al órgano jurisdiccional, por lo que se propone buscar compensar la violación del **plazo razonable con estas alternativas**:

a) Las compensatorias que a su vez pueden ser internacionales, civiles o penales.

b) Las sancionatorias, las que pueden ser de orden administrativo-disciplinaria y penales, orientándose a reprimir la conducta dilatoria de las autoridades judiciales.

c) Las procesales que son tanto la nulidad como el sobreseimiento.

En la STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC, se tomó la decisión de excluir al accionante del proceso judicial porque al estimar que se había violado el derecho al plazo razonable, que es un Derecho Público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la **pérdida de la legitimidad punitiva** derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Si no se limita el poder punitivo del Estado se estaría violando el principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado solo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando por causas imputables al órgano jurisdiccional el proceso judicial dura más de lo razonable se afecta el derecho del imputado. Al verificarse la demora, entonces como contrapartida el Estado pierde su legitimidad para punir.

X. No obligación de autoincriminación

Ninguna persona puede ser obligada a declararse culpable, esta es una decisión que tiene que ser adoptada libremente. Como antecedente de este principio tenemos a la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana que dice que ninguna persona debe ser compelida u obligada en cualquier juicio penal a testificar en su contra. Esta enmienda(93) protege a la persona de ser lla-

(93) Las enmiendas se consideran como reglas adicionales a la Constitución de los Estados Unidos y no solo como modificaciones de reglas ya establecidas.

mada involuntariamente a testificar contra sí mismo en un juicio penal. Es un derecho que protege al imputado de tener que responder a preguntas oficiales planteadas en cualquier otro procedimiento, civil o penal, formal o informal, donde las respuestas puedan incriminarlo en futuros procedimientos penales.

Los fallos en los que se ha aplicado esta enmienda de no obligación de declarar en contra de uno mismo son los siguientes.

Caso Lefkowitz v. Turley, 414 U.S. 70 (1973)

El derecho contra la autoincriminación prohíbe al gobierno obligar a cualquier persona para que preste testimonio que lo pueda incriminar durante un juicio criminal subsiguiente. Este derecho faculta al acusado a negarse a testificar en un juicio criminal y le da el privilegio para no responder preguntas que se le formulen en cualquier otro procedimiento, civil o penal, formal o informal, donde las respuestas podrían incriminarlo en un futuro proceso penal(94).

Una persona es considerada un "testigo contra sí mismo" cuando provee pruebas testimoniales o comunicativas que sea incriminatorias contra él mismo. Se entiende que estas pruebas expresan, directamente o indirectamente, una aceptación de hechos sobre la perpetración de un delito.

Caso Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988)(95)

Esta decisión establece que la orden judicial que obliga o compele a un sujeto de la investigación del gran jurado a firmar la autorización para que bancos extranjeros revelen documentos de sus cuentas, sin identificación ni reconocimiento de los documentos, no violaría el privilegio de la quinta enmienda contra la autoincriminación. El privilegio de la quinta enmienda solo protege a una persona de ser incriminado por sus propias comunicaciones testimoniales compelidas. Id. en 208 y para ser "testimonial" la comunicación de un imputado debe, explícitamente o implícitamente, relatar una aceptación de hechos o revelar información; solo entonces es una persona compelida a ser "testigo" contra sí mismo. Id. en 210. La Corte en Doe falló que, puesto que la directiva de consentimiento no es de naturaleza testimonial, la orden del tribunal inferior compeliendo al peticionario a firmar no violaba su privilegio de la quinta enmienda contra la autoincriminación. Id. en 219.

(94) Hiroko Ushimaru. <http://procesalpenalcam.blogspot.com/2009/09/jurisprudencia-de-la-suprema-corte-de.html#.VPV0r_mG8iE> [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2015].
(95) Ídem.

Esta regla nos parece importante en la medida que la autoincriminación en la tradición anglosajona debe provenir de un testimonio por lo que ser obligado a revelar información bancaria no constituye el derecho a no ser obligado a auto incriminarse.

Caso Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582 (1990)(96)

En este caso, una persona había conducido embriagado y la Corte falló que la respuesta incorrecta respecto a la fecha del sexto cumpleaños del imputado fue testimonial, ya que apoya a la inferencia fáctica de que las facultades mentales del imputado eran deficientes. La respuesta a la pregunta del sexto cumpleaños fue incriminatoria por su contenido, ya que el verificador de los hechos podría inferir el estado mental confuso del imputado. Id. en 592. En contraste, cuando el imputado arrastra sus palabras, él revela propiedades físicas de la voz, y eso por sí solo no compela una respuesta testimonial para propósito del privilegio. Id.

El privilegio también se aplica a evidencia documental si los documentos incriminan a la persona compelida a producirlos. Sin embargo, como el privilegio contra la autoincriminación es personal, no puede ser invocado por un tercero que es compelido a producir los documentos que incriminen a otro.

Caso Fisher v. U.S. 425 U.S. 391 (1976)(97)

Unos contribuyentes tributarios estaban bajo investigación por la posible violación de leyes tributario-federales. La hacienda pública entregó citaciones a los abogados de los contribuyentes tributarios solicitando documentos relacionados con la preparación (realizada por contadores) de las declaraciones de impuestos, pero los abogados se negaron a cooperar. El estado comenzó acciones legales para hacer cumplir las citaciones. Una citación entregada a un contribuyente tributario requiriendo que produzca los documentos de un contador que estén en su posesión no compela testimonio oral, ni compelería normalmente que el contribuyente afirme la veracidad de los documentos. Id. en 409. El hecho de que los documentos pueden a primera vista incriminar al contribuyente no viola al privilegio de la quinta enmienda contra la autoincriminación, ya que ese privilegio solo protege al individuo de ser incriminado por sus propias comunicaciones testimoniales

(96) Ídem.
(97) Ídem.

compelidas. Id. En este caso, los documentos no fueron preparados por los contribuyentes, sino por los contadores. Id. en 409-410. El contribuyente no es inmune al cumplimiento con la citación solo por el hecho de que los documentos solicitados contienen escritos incriminatorios, aunque sean los suyos o los de otro. Id. Además, sin importar cuán incriminatorios puedan ser los contenidos de los documentos de los contadores, si el acto de producirlos es la única cosa que el contribuyente es compelida a hacer, no hay autoincriminación testimonial. Id. en 410-411. Distinguiendo la cuestión de si la quinta enmienda protege al contribuyente de tener que producir sus propios documentos, la Corte falló que "el cumplimiento con una citación dirigiendo al contribuyente a producir los documentos del contador involucrados en estos casos no implicaría testimonio incriminatorio que esté bajo la protección de la quinta enmienda".

Esta regla también es importante porque bajo el criterio que entregar documentos sería incriminatorio, entonces sería legal que un procesado queme todos los archivos de los que se pueda inferir presunta responsabilidad penal.

Caso Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966)(98)

La Corte estableció que la extracción compulsiva de una muestra de sangre del imputado que fue detenido por conducir bajo la influencia de alcohol, para llevar a cabo pruebas del nivel de alcohol. En este caso, no hubo testimonial que haya sido compelida, ni en la extracción, ni en el análisis químico de la sangre. Los resultados del análisis de sangre, aunque eran pruebas incriminatorias que se obtuvieron por fuerza, no eran testimonios relacionados a un acto comunicativo o un escrito del imputado, por lo tanto, la aceptación de los resultados no violó el privilegio de la quinta enmienda contra la autoincriminación. En su voto disidente, Justice Black sostuvo que el derecho constitucional del imputado contra la autoincriminación fue violado cuando fue compelido a someterse a un análisis de sangre. Razonó que la extracción compulsiva de sangre era de naturaleza testimonial y comunicativa. El propósito de la extracción de sangre fue para que una persona testifique que el imputado tenía alcohol en su sangre. Además, el propósito también era comunicativo en que el análisis de sangre se llevó a cabo con el fin de permitir que un testigo comunique los resultados al tribunal y al jurado, con respecto al nivel de embriaguez del imputado.

En el caso peruano hubo algunas decisiones judiciales que estimaban, de conformidad con el voto disidente del juez Justice Black que en delitos de

(98) Ídem.

conducción en estado de ebriedad, el obligar al presunto autor a una prueba de alcoholemia extrayéndole sangre era violatorio del derecho a la no auto incriminación. Esta prueba es esencial en estos delitos por lo que ante la renuencia de los imputados, se tenía que emplear la coacción para extraerles sangre. Cuando no se podía hacer simplemente había impunidad, lo que generó que se tipificara la renuencia a realizarse la prueba como delito de resistencia a la autoridad.

Caso Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 444 (1966)[99]

Está referido al "interrogatorio bajo custodia" que es el interrogatorio iniciado por la policía luego de que la persona ha sido puesta bajo custodia o ha sido privado de su libertad. El imputado puede renunciar su derecho a mantener el silencio y el derecho a tener un defensor presente, pero el imputado debe hacer tal renuncia voluntariamente, con conocimiento, e inteligentemente. Si la persona indica de cualquier manera y en cualquier etapa del proceso que le gustaría consultar con un defensor, no debe realizarse el interrogatorio. Aunque la persona haya ofrecido voluntariamente algunas declaraciones eso no la priva del derecho a negarse a responder a más preguntas hasta que haya consultado con un defensor. Para proteger el privilegio de la Quinta Enmienda, la persona detenida para ser interrogada debe ser claramente informada de su derecho a consultar con un defensor, y de su derecho de tener un defensor presente durante el interrogatorio. Si el interrogatorio continúa sin la presencia de un defensor y se obtiene una declaración, el Estado tiene una carga pesada de probar que el imputado renunció con conocimiento e inteligentemente su privilegio contra la autoincriminación y su derecho a un defensor. Sin embargo, cualquier declaración ofrecida sin influencias compulsivas es admisible, ya que la Quinta Enmienda no prohíbe declaraciones voluntarias[100].

En un esquema garantista la aceptación de cargos de un imputado, máxime si se encuentra detenido, sin presencia de abogado defensor no debe ser valorada. El NCPP no le da valor a declaraciones incriminatorias sin abogado. Esto a veces se cubría con la presencia del Ministerio Público, lo que si bien es un defensor de la legalidad, hay que quedar en claro que es un sujeto procesal persecutor, la contraparte del imputado.

Ningún imputado está obligado a confesar ser autor de la comisión de un delito. Esto se convierte en una garantía para el imputado, pues frente a los

(99) Ídem.
(100) Ídem.

cargos formulados por el Ministerio Público que tiene la responsabilidad de probar la culpabilidad, el procesado no tiene que contribuir en darle ayuda a la fiscalía. La ley, sin embargo, le da facultades a la fiscalía para que emplee las medidas necesarias en la búsqueda de pruebas como la limitación de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 0376-2003-HC/TC sobre el derecho a la no autoincriminación reconoce que este es un privilegio del imputado, que lo autoriza a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso, pues ya estaríamos ante los supuestos de perturbación de fuentes de prueba, dado que conforme a la jurisprudencia norteamericana la prueba que está sujeta a esa limitación es el testimonio del imputado.

En el Derecho Procesal peruano ninguna persona puede ser obligada o inducida a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta regla preserva la unidad de la familia que es un bien jurídico de relevancia constitucional. Si alguien decide de acuerdo a una ponderación de derechos incriminar a un pariente, esto es sobre la base de una decisión voluntaria que no está prohibida.

XI. Igualdad de armas

En el proceso penal confronta acusador y acusado por lo que el choque de posiciones debe implicar que los sujetos procesales puedan estar igualados respecto a los medios de defensa que emplearán. El juez debe ser el garante que esto se cumpla, pues de haber desequilibrio esto iría en desmedro no solo del afectado sino del mismo proceso.

En el Código Procesal Penal de Colombia, la regla de igualdad trasciende el plano procesal para ir a uno más constitucional pues en el artículo 4 dice:

> "Es obligación de los servidores judiciales, hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

> El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

La institución que debe garantizar la igualdad es el poder judicial; aunque, si bien es verdad el Ministerio Público es parte o sujeto procesal; también debe sujetarse a la regla de objetividad y permitir que en la etapa preparatoria, el investigado pueda hacer los descargos necesarios garantizando su derecho a oponerse a la imputación inicial.

En el Código de Procedimiento Penal de Ecuador sobre la igualdad de derechos en el artículo 14 establece que se debe garantizar al fiscal, al imputado, a su defensor, al acusador particular y sus representantes y las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución Política de la República y este Código. El Código Procesal Penal de El Salvador sigue esta misma orientación en el artículo 12. Esto es sumamente importante porque si bien la contradicción principal es entre Ministerio Público y el acusado, también existen otros sujetos que tienen interés legítimo de participar en este proceso a fin de garantizar sus respectivas pretensiones.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México desdobla el derecho a la igualdad en un plano constitucional y procesal así:

> "**Igualdad ante la ley**
>
> **Artículo 15**. Todas las personas son iguales ante la ley y deben ser tratadas conforme a las mismas reglas. Las autoridades deberán tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso, pero no pueden fundar sus decisiones sobre la base de la nacionalidad, género, origen étnico, credo o religión, ideas políticas, orientación sexual, posición económica o social u otra condición con implicaciones discriminatorias.
>
> **Igualdad entre las partes**
>
> **Artículo 16**. Se garantiza a las partes en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en las Constituciones Federal y Local, los Tratados Internacionales celebrados, así como en este código.
>
> Los jueces no podrán mantener, directa o indirectamente, comunicación con alguna de las partes o sus defensores sobre los asuntos sometidos

> a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas o en los casos expresamente determinados en este código. La contravención a este precepto será sancionada en los términos que establezcan las leyes.
>
> Corresponde a los jueces preservar el principio de igualdad procesal y despejar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten".
>
> El fiscal, el imputado, el defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución, este Código y demás leyes".

Los sujetos procesales deben estar equipados con medios de defensa técnicos en paridad. Esto no se cumple si la fiscalía, tiene mayores facultades que un acusado. Ese es un problema a resolver, y que tiene que ser tamizado con el principio de objetividad para establecer un equilibrio. Si bien la parte acusada no tiene que probar su inocencia, la fiscalía sí tiene que probar la culpabilidad, pues tiene la carga de la prueba, pero al actuar con objetividad debe también valorar las pruebas de descargo que favorecen al acusado.

XII. Derecho a impugnar

Los ordenamientos jurídicos modernos han establecido el derecho de las personas de recurrir ante una instancia superior de una resolución adversa para que sea revisada.

El Código Procesal Penal de Costa Rica también lo tiene establecido como principio procesal de la siguiente manera:

> "**Artículo 20. Doble instancia**. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.
>
> El superior no podrá agravar la situación del apelante único".

El legislador se ha concentrado en otorgar el recurso de apelación a resoluciones que se refieran a la privación de libertad del imputado por ser un derecho altamente sensible, igualmente a las referidas a la actividad de la prueba o que puedan afectar a las partes patrimonialmente. También en este derecho al recurso se fija el límite con la prohibición de reforma peyorativa, es decir que la instancia superior no puede agravar la situación jurídica del apelante.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México también consagra el derecho a recurrir en su artículo 9 que dice:

> "**Artículo 9**. El imputado, así como la víctima u ofendido, tendrá derecho a impugnar cualquier resolución que le cause agravio, en los supuestos previstos por este código".

No todas las resoluciones son impugnables porque esto conllevaría a convertir el proceso penal en algo indeterminado, sino que deben priorizarse en aspectos que tengan vinculación con derechos fundamentales como libertad, propiedad. El derecho de recurrir es para las partes de acuerdo a su ubicación en el proceso penal.

La Constitución de 1993 ha consagrado este principio en el artículo 139. 6 que garantiza a las partes la pluralidad de la instancia, de lo que se infiere que está implícito el derecho a recurrir. La doble instancia es una garantía de la administración de justicia, y que es reconocida en el NCPP, de tal manera que la parte afectada por una decisión judicial exprese agravios y pueda tener la posibilidad de que una instancia de mérito reexamine la sentencia o auto que le afecta.

Estimamos que el control jurisdiccional del ad quem a la decisión del a quo es parte esencial del debido proceso de tal forma que se garantice que la decisión primigenia sea revisada y exista la posibilidad de que sea anulada, revocada o confirmada. También tenemos como otra garantía vinculada al derecho a impugnar la prohibición de reforma peyorativa, esto es que el apelante no puede ser afectado por una decisión más desfavorable que la que ha impugnado, lo que impediría que las partes puedan solicitar la revisión de una decisión judicial.

XIII. Indemnización por errores judiciales

Pasar de ser un ciudadano común y corriente a imputado en un proceso penal es un tránsito doloroso para la persona que ve alterada su vida laboral, de amistades y familiar. Por eso que el ejercicio del poder punitivo del Estado tiene límites que no pueden ser rebasados. Peor cuando estamos ante manifiestos errores judiciales en contra del acusado. Francesco Carnelutti decía: "En mis *Lecciones sobre el proceso penal,* al esbozar la función de este proceso, demostré que, de la misma manera que no se puede castigar sin juzgar, así también el juicio implica el castigo; la pendencia del proceso criminal, aunque no exista todavía la condena ni tampoco el inculpado esté detenido, es

suficiente para procurarle un sufrimiento (…)"[101]. Por eso no se puede procesar por procesar a las personas, tiene que existir elementos de convicción suficientes para realizar un juzgamiento.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas establece en el artículo 14 numeral 6: "Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido indultada por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido". En este caso la sentencia condenatoria tiene que haber sido declarada invalida por haberse dado erróneamente para poder tentar una indemnización.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), reconoce la responsabilidad del Estado al señalar que: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial" (art. 10). El supuesto para indemnizar sigue siendo una sentencia de condena basada en error.

Desde una perspectiva colectiva, el sufrimiento de los acusados, dirán algunos, es el sacrificio que se debe pagar para proteger a los demás. Llevado a extremos esta ideología se puede caer en regímenes totalitarios, la antípoda del Estado Constitucional de Derecho al que nos adscribimos. Frente a este problema se ha previsto en la Constitución de 1993 artículo 139.7 que es una garantía de la persona ser indemnizada en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. Véase que los adjetivos están puestos allí claramente, en el caso de las detenciones que estas sean arbitrarias, injustas, inmotivadas. Aparte están las responsabilidades administrativas o disciplinarias a la que deben ser sometidos los autores de la infracción contra un ciudadano. El NCPP en el artículo I inciso 5 dice**:** El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales.

¿Qué se entiende por error judicial? Si bien en la nomenclatura no solo de la Constitución de 1933, sino de las de 1979 y 1993 se hace referencia al error judicial, no se ha desarrollado su contenido. En 1988 se promulgó la Ley N° 24973 que hizo un desarrollo adicional con relación a la indemnización del error judicial pero tampoco la define con claridad. Esta ley fijó los supuestos para tener

(101) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal.* Traducción de Sentís Melendo, El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 45.

derecho a la indemnización por detención arbitraria siendo estos: a) La persona privada de su libertad por la autoridad policial o administrativa, sin causa justificada o, existiendo esta, si se excede de los límites fijados por la Constitución o la sentencia; y b) La persona que no es puesta oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución.

El artículo 3 de la Ley Nº 24973 estableció en qué casos procede la indemnización por error judicial: a) Los que, luego de ser condenados en proceso judicial, hayan obtenido en un juicio de revisión, resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria; y b) Los que hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de este y obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria. Establece que las indemnizaciones serán abonadas por el Estado a través del Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones arbitrarias.

¿Cuándo hay error en una decisión judicial? Pues en los hechos y en el derecho. Sin embargo estos son pasibles de ser corregidos mediante el sistema de recursos. Ahora, si bien puede enmendarse el error, sin embargo, es posible que el daño ya se haya producido, en el caso de una detención arbitraria.

¿Quién debe responder por estos errores? Pues el sujeto pasivo o probable demandado sea el Estado; pero el error no nace de una entelequia sino de hombres de carne y hueso, que en los casos concretos serían los jueces. Estos últimos deben responder por sus decisiones en varios planos, el penal con una denuncia por prevaricato o abuso de autoridad, el administrativo por inconducta funcional, y a nivel civil patrimonialmente por daños y perjuicios que su decisión errónea hubiese generado.

El sometimiento de una persona a un enjuiciamiento penal es ya una carga emocional, no solo para el culpable sino para el inocente. La víctima de un proceso judicial injusto está plenamente legitimada para solicitar el resarcimiento por el daño que se le haya ocasionado, de acuerdo a las leyes como señala la Constitución y estas se encuentran en el Código Civil e instrumentalizado por el Código Procesal Civil que tiene un procedimiento para lograr la indemnización vía proceso abreviado (art. 486.3).

Hay posturas en la doctrina que señalan que los jueces estarían dominados por el miedo a ser demandados por lo que no debería existir responsabilidad directa o en todo caso que el obligado sea el Estado. En el derecho norteamericano se ha desarrollado como principio la *Judicial Inmmunity* que exime a los jueces de responder por daños y perjuicios y que se ha construido sobre la base de los siguientes fallos:

Caso Bradley vs. Fisher

En este caso contra John Surrat Jr., quien fue enjuiciado por conspirar para matar al presidente Abraham Lincoln, y era defendido por un abogado Joseph Bradley; lo que nos importa es otra cosa que sucedió en dicho proceso. El abogado Bradley tuvo fuertes discusiones con el juez George Fisher. Este sancionó a Bradley excluyéndole de la matrícula de abogado. Bradley demandó al juez Fisher por daños y perjuicios.

El caso fue resuelto por la Corte Suprema en 1872 y es la versión de la inmunidad judicial de los EE. UU. que fijó la regla que los jueces no pueden ser demandados civilmente por las consecuencias de sus fallos incluso aunque hayan actuado con dolo o malicia(102).

Una justificación de la inmunidad judicial la encontramos en el caso Pierson et. Al. v. Ray et. Al. (1967) en la que la Corte dijo: "Pocas doctrinas están más sólidamente establecidas en el *common law* como la doctrina de la inmunidad de los jueces por los actos ejecutados dentro de su jurisdicción. El juez no debe temer que litigantes insatisfechos lo acosen con querellas que alegan malicia o corrupción". Si bien es verdad que es una doctrina sólida, se han producido algunas excepciones, por ejemplo los actos administrativos de los jueces no están cubiertos por la inmunidad judicial.

En otros sistemas como el español, y en nuestro país se ha decantado por la responsabilidad civil de los jueces y además con responsabilidad solidaria de los jueces.

En la jurisprudencia española se ha fijado orientaciones para determinar si el juez es responsable de los daños y perjuicios a una persona.

Oliva Blásquez(103) señala que esta doctrina jurisprudencial provine de las SSTS de 5 octubre de 1990, 17 de diciembre de 1996, 6 de febrero de 1998, 10 de mayo de 2000, 13 de setiembre de 2000, 7 de junio de 2006 y 20 de diciembre de 2006) y que establecen estos presupuestos:

"1) La negligencia o ignorancia debe derivarse de una actuación claramente dolosa o culposa del juez o magistrado, lo que se dará cuando se haya procedido con infracción manifiesta de una ley sustantiva o

(102) Vide: <http://www.saberderecho.com/2014/08/la-doctrina-de-la-inmunidad-judicial.html> [Fecha de consulta: 4 de marzo de 2015].

(103) OLIVA BLÁSQUEZ, Francisco. *Responsabilidad civil de los jueces y magistrados por ignorancia inexcusable*. InDret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2010, pp. 15-16. Véase: <http://www.indret.com/pdf/763_es.pdf> [Fecha de consulta: 4 de marzo de 2015].

procesal, o faltando a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad (STS del 23 de setiembre de 1994).

2) La negligencia o ignorancia ha de ser manifiesta para que sea cohonestable con la "voluntad negligente o la ignorancia inexcusable", pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple "error judicial" (STS del 20 de enero de 1972, 23 de diciembre de 1988, 23 de setiembre de 1994 y 9 de febrero de 1999).

3) Debe haberse producido una infracción de una norma de las denominadas "rígidas" (imperativas) o "no flexibles". Así pues, para considerar que se ha infringido un precepto ha de establecerse en él en una concreta y determinada forma de actuar –rigidez–, pero cuando su fijación ha de acomodarse a las circunstancias subjetivas y objetivas del procedimiento, ponderadas por el juez o magistrado –flexibilidad– el fallo podría constituir, si acaso y todo lo más, un error judicial pero nunca una negligencia o ignorancia inexcusables aparejadoras de actuación culposa o dolosa de quien interpretó la norma (STS del 23 de diciembre de 1988).

4) A la hora de determinar la existencia del comportamiento culposo debe tenerse en cuenta el ex artículo 1104 del CC y las diversas circunstancias y condiciones en que se desempeña la función judicial con relación al sistema jerárquico de recursos, la labor unificadora de la jurisprudencia, el margen de error o desacierto inevitable en una actividad de esta naturaleza (que exige desechar como fundamento de la responsabilidad la divergencia entre la sentencia a la que se impute el daño –aun cuando sea desacertada– y el criterio extraído de las opiniones del demandante o de otras resoluciones judiciales o antecedentes doctrinales de otra naturaleza: STS del 13 de setiembre de 2000), los remedios reconocidos por el ordenamiento jurídico para enmendar estos desaciertos, la preparación y situación profesional del juez o magistrado y la carga de trabajo a que se encuentra sometido (STS del 20 de diciembre de 2006).

5) La existencia de un perjuicio económico efectivo, evaluable y susceptible de ser individualizado (STS del 20 de diciembre de 2006).

6) El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, lo que implica que las reclamaciones formuladas no pueden prosperar sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio (STS del 7 de febrero de 2006 y 20 de diciembre de 2006).

7) Finalmente, debe probarse la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado".

En el caso peruano el Código Procesal Civil siendo instrumental ha acogido algunas reglas sustantivas para la determinación de la responsabilidad civil de los jueces. El juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca (art. 509). El escenario siempre es la función jurisdiccional, y la decisión causa perjuicio a alguna de las partes, pero si subjetivamente actúa con dolo o culpa inexcusable. La conducta es calificada como dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Se incurre en culpa inexcusable cuando el juez comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

El artículo 510 del CPC fija presunciones para determinar el dolo o la culpa inexcusable, y que son las siguientes:

- La resolución contraría su propio criterio, sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. Un juez que resuelve para cado uno de una forma y para el siguiente de distinta forma no es congruente o coherente y atenta contra la seguridad jurídica.

- Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o con base en fundamentos insostenibles. Puede ser el supuesto de que no respete precedentes vinculantes sin motivar, porque falla distinto a las reglas jurídicas de la Corte Suprema.

Si se declara fundada la demanda, el monto de resarcimiento deberá calcularse por las normas del Código Civil referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables (art. 515 del CPC). El pago es solidario entre el Estado y el juez, porque ese es el camino adoptado por la legislación nacional en materia indemnizatoria. De pronto el juez que cometió el error ya no vive; sin embargo, el Estado debe responder por la decisión en la medida en que este le otorgó la confianza para que en su nombre ejerza la administración de justicia.

XIV. Presunción de inocencia

Este principio angular de un proceso penal garantista es acogido por el CPPMI que dice lo siguiente:

> "3. Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firma le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.
>
> (…)
>
> La duda favorece al imputado".

El imputado debe ingresar a un juicio con una presunción que es inocente, debiendo ser tratado como tal, puesto que verlo asi mantendrá en el espíritu de los jueces la ponderación y la prudencia del caso para que luego de la actividad probatoria se llegue a una decisión arreglada a la justicia. Este es un camino tortuoso que puede ser empedrado con obstáculos como los prejuicios, o juicios no fundados en los hechos sino en aspectos subjetivos, y que pueden hacer que los jueces miren a los acusados desde el inicio como culpables de tal manera que el ritual de la prueba solo sea un camino formal para justificar la decisión tomada con antelación. El antídoto para esto justamente es que se le deba dar una presunción de inocente al acusado.

En esta orientación el Código Procesal Penal de Costa Rica dice en el artículo 9 que el imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme y que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado.

Este Código costarricense también fija una prohibición de presentar a una persona como culpable si es que no hay una sentencia de condena. La autoridad que lo hace comete un abuso y una arbitrariedad.

En el Código Procesal Penal de Colombia también se garantiza en el artículo 7 tanto la **presunción de inocencia como el** *in dubio pro reo.* Si hay duda que se presente se resolverá a favor del procesado. Igualmente el Código Procesal Penal de Chile en su artículo 4 dice que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme. El Código Procesal Penal de Argentina también lo consagra en el artículo 1 y en Perú esta presunción tiene rango constitucional pues el artículo

2. 24. e. garantiza que toda persona sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad o culpabilidad.

El origen de este principio en la historia lo rastreamos como una reacción contra la Inquisición[104]. El Marqués de Beccaria decía lo siguiente sobre la forma como los jueces trataban a los acusados:

> "EL ACUSADO DELANTE DE SUS JUECES
>
> El momento crítico ha llegado en que el acusado va a comparecer ante sus jueces. Pregunto yo: ¿De qué modo le vais a acoger? ¿Le recibiréis como magistrados o como enemigos? ¿Queréis asustarle o instruiros? ¿Qué se hará este hombre, sacado súbitamente de su calabozo, cegado con la luz a que sale, y transportado de un golpe entre los hombres que van a tratar de su muerte? Temblando, se atreve apenas a fijar su ojo incierto sobre los árbitros de su suerte, y las severas miradas que encuentra le asustan y aterran. Cree poder leer de antemano su sentencia sobre las arrugas siniestras de sus frentes; sus sentidos turbados ya, se atemorizan al oír unas voces roncas y amenazadoras; la poca razón que le queda, acaba de confundirle, sus ideas se desvanecen, y su trémula voz puede apenas proferir una palabra incierta; y para consuelo de males, sus jueces imputan tal vez al crimen. Un desorden producido únicamente por el terror que inspira su aspecto"[105].

En el párrafo de la obra de Beccaria resume cómo es el tratamiento de los jueces inquisidores al acusado y frente al trato sufrido, que estos casos eran el tormento para arrancarle una confesión, pensaba que era visto por ellos como culpable o criminal. De allí que el Marqués recomienda sabiamente a los jueces:

> "¡Cómo! ¡NO conocéis la causa de la consternación del acusado, vosotros que no os atreveríais tal vez a hablar con confianza delante de una asamblea de unos cuantos hombres! Dulcificad esa frente severa; haced que vuestras miradas denoten aquella tierna inquietud que inspira un hombre que deseamos sea inocente: que vuestra voz, dulce aunque grave parezca abrir con vuestra boca el camino de vuestro corazón; ocultad el horror secreto que os inspira la vista de esos grillos y la de los andrajos de la miseria; cuidad de no confundir estas señales equívocas del crimen, con el crimen mismo: y pensad que tal

(104) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 491.
(105) BONESANA, César. Ob. cit., p. 154.

> vez estas tristes apariencias encubren un hombre virtuoso. ¡Qué objeto! Levantad vuestras miradas, y ved sobre vuestras cabezas, la imagen de vuestro Dios, inocente, y acusado: sois hombres, sed pues humanos; sois jueces, sed moderados; sois cristianos, sed caricativos. Hombres, jueces, cristianos, cualquiera que seáis, respetad la desgracia, sed dulces y compasivos, para con un hombre que se arrepiente, y que tal vez no tiene de que arrepentirse"[106].

El ilustre jurista aconseja a los jueces que no vean al acusado como culpable sino como inocente, y les hace recordar a Dios, inocente y acusado aludiendo a Cristo.

El principio de presunción de inocencia es adoptado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia que, en su artículo 9, indicaba que debía presumirse inocente a todo hombre hasta que no haya sido declarado culpable. Igualmente, es recogida por la declaración universal de los derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8. Esta garantía del procesado puede ser desvirtuada en la actuación probatoria hasta que se determine su responsabilidad por sentencia. Qué efectos prácticos tiene este principio, pues limitar las medidas de coerción que pudieran aplicárseles, en todo caso, excepcionalmente como la privación de libertad; que no está obligado a probar su inocencia, ya que la carga de la prueba corre a cargo de la parte acusadora. Binder dice que por esta presunción a la persona que ingresa a un proceso penal no se le podrá aplicar consecuencias penales hasta que no sea declarada culpable[107]. Solo se le puede imponer penas hasta que en sentencia se resuelva que ha cometido ilícitos penales.

En la jurisprudencia constitucional STC N° 06613-2006-HC/TC del 02/07/2007, se delinea que la presunción de inocencia no conlleva la presunción absoluta, sino más bien presunción *iuris tantum*, pudiendo ser desvirtuada mediante la actividad probatoria, siendo posible la admisión de medidas cautelares personales, en tanto sean dictadas bajo criterio de razonabilidad y proporcionalidad. El punto de discusión es si la presunción de inocencia se mantiene incólume con la aplicación de las medidas cautelares que como sabemos se funda en el *fumus comissi delicti*, apariencia que el imputado probablemente ha cometido el delito, entonces la presunción de inocencia también sufre una suerte de leve debilitamiento, porque si se estimara de forma absoluta ninguna limitación de derechos como la libertad debería operar.

(106) Ibídem, pp. 154-155.
(107) BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 121.

XV. *In dubio pro reo*

Esta es una garantía que va en favor del procesado. La duda es la situación ambigua que tiene el juez respecto a si el acusado ha cometido o no los hechos imputados, luego de haberse desarrollado la actuación probatoria.

En Código Procesal Penal de Argentina se reconoce esta garantía en el artículo 3 que dice que en caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado.

En el caso del proceso peruano deriva del artículo 139 11 que garantiza que en caso de duda en la aplicación de la ley, debe ser la más favorable al procesado en el escenario de duda o de conflicto entre leyes penales. En el NCPP artículo II.1, se establece que en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. La carga de la prueba está en la parte acusadora y el imputado tiene la presunción de ser inocente, hasta que luego del juicio y con las pruebas aportadas y valoradas, se acredite su responsabilidad penal. Por un lado, puede darse la situación en que el imputado tiene derecho a ser absuelto si no se pudieron actuar algunos medios de prueba de la fiscalía; y por el otro si las pruebas valoradas por el juez no han logrado convencerlo de su culpabilidad o se ha generado un estado de duda, debe absolverse al acusado porque la duda le debe favorecer.

La máxima *in dubio pro reo* considera que solo concierne a los aspectos fácticos de la imputación, esto es al juicio de hechos y no al de derecho pues que si bien también opera la aplicación de la ley más favorable en caso de conflictos en el tiempo, es diferente al principio del *in dubio pro reo*.

XVI. Prohibición de persecución penal múltiple

El CPPMI establece como garantía en su artículo 4 que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Las excepciones a esta regla en cuanto a la permisibilidad de una nueva persecución penal son:

a) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente que por ese motivo clausuró el procedimiento;

b) cuando la clausura del procedimiento proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la persecución penal, que no debió iniciarse o proseguirse, por quien la ejerció según obstáculo legal que no inhiba la punibilidad del imputado;

c) o cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan unificarse según las reglas respectivas.

La absolución o el sobreseimiento (absolución anticipada) por un delito no impedirá la persecución penal posterior por una contravención o falta derivada del mismo hecho imputado, y viceversa, ni el procedimiento realizado por una autoridad disciplinaria inhibirá la persecución penal derivada del mismo hecho.

El Código Procesal Penal de Costa Rica dice en su artículo 11 que nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho. No establece distinciones o si hay prohibición de persecución administrativa por el mismo hecho. El Código Procesal Penal de Chile dice: "Artículo 1.- (…) La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho". Ambas prohíben expresamente la persecución por un hecho ya juzgado.

El Código Procesal Penal de Colombia coloca como freno de una nueva persecución penal la *res iudicata*:

> "Artículo 21. Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia".

En el sistema jurídico peruano tenemos que el artículo 139, inciso 13, de la Constitución de 1993 establece como principio y derecho de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

La regla de única persecución o *ne bis idem* implica que nadie puede ser perseguido ni sancionado más de una vez, siempre que sea el mismo sujeto, hecho y fundamento o bien jurídico afectado por la conducta del agente. Esto se hace extensivo al derecho administrativo sancionador, y ante los vacíos notados, se ha establecido que el Derecho Penal tiene preferencia al Derecho Administrativo.

Para Maier[108], el principal efecto de la regla de no persecución múltiple es impedir absolutamente toda posibilidad de establecer el recurso de remisión en contra del imputado absuelto o del condenado por un delito más leve. Es decir volverlo a procesar y sancionar sobre lo mismo.

El NCPP establece que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo (art. III).

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida, y en alguno de los casos, en que la acción está indicada taxativamente como procedente en el NCPP.

Si bien es claro que nadie puede ser procesado dos veces por el mismo hecho; sin embargo, el conflicto surge a partir de las relaciones entre el Derecho Penal y el derecho administrativo sancionador.

El principio non bis in ídem consiste en la prohibición que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez[109]. Cuando se trata de un hecho de relevancia penal y está siendo llevado en dos procesos distintos, se atenta contra este principio porque si ya se sancionó una vez no se puede volver a castigar. Esto guarda relación con el principio de cosa juzgada y de prohibición de revivir procesos fenecidos. El problema surge cuando un hecho tiene connotación penal y también relevancia para el Derecho Administrativo Sancionador. El Tribunal Constitucional español ha matizado este problema cuando en su jurisprudencia ha establecido que pueden concurrir supuestos entre la sanción penal y la administrativa.

Claus Roxin señala que las medidas disciplinarias administrativas sirven para el funcionamiento de organizaciones estatales y que, al contrario de la pena criminal, la medida disciplinaria no puede ser retribución del hecho cometido, sino únicamente medio de coerción y protección; sin embargo, esta construcción dice Roxin, pretende justificar la acumulación de pena y medida disciplinaria, y eludir la prohibición de doble castigo resulta frágil[110]. Este es

(108) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 599.
(109) MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARANA, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2000, p. 115.
(110) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, 1997, p. 74.

un problema que detectan los autores que tratan de delimitar la sanción penal de la disciplinaria. Roxin propone un criterio cuantitativo para hacerlo, y es el grado de lesividad de afectación a la comunidad o a la institución. Si afecta gravemente a la comunidad tiene que sancionarse penalmente; pero si la afectación es menor, solo debe aplicarse medidas disciplinarias(111). En el fondo lo que está reconociendo es que no se puede sancionar dos veces a una persona por el mismo hecho. Y así lo dice: "Según el derecho vigente, se puede imponer acumulativamente penas y medidas disciplinarias (...). Ello es insatisfactorio en muchos aspectos, porque la verdad es que materialmente acaba llevando a una doble sanción"(112).

La Corte Suprema se ha pronunciado en el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ ES V-22, del 16 de noviembre de dos mil siete, dándole carácter vinculante a las reglas jurídicas del cuarto y quinto considerando del Recurso de Nulidad Nº 2090-2005 de Lima, del 7 de junio de 2006.

En el cuarto considerando, la Corte Suprema hace una distinción entre lo que afecta una conducta delictiva y una inconducta funcional. Señala que la sanción administrativa solo busca el correcto funcionamiento de la administración pública y que no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y que no opera sobre la base del principio de lesividad. Que el delito encierra siempre mayor contenido de injusto y las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos los miembros de la Administración Pública, esto es, servidores o funcionarios. Estimamos que la relación de sujeción especial del funcionario o servidor al Estado, que se emplea para justificar la doble sanción, es insuficiente para ser su fundamento y que el *ne bis in idem* es una garantía que tiene todo ciudadano sin distinción para limitar el *ius puniendi*. La sujeción específica del imputado a la Administración Pública como razón para que pueda ser sancionado dos veces, tanto en la vía administrativa como en sede penal, es una tendencia jurisprudencial en la Corte Suprema y así se desprende del R.N. Nº 1438-2006(113), Callao, del 4 de diciembre de 2006. Expertos en constitucional advierten que hay una práctica jurisprudencial negativa de considerar que las personas, que tienen esa relación de sujeción especial, no pueden reclamar el *ne bis in idem*(114) lo que implicaría una afectación del derecho a la igualdad.

(111) Ibídem, p. 74.
(112) Ibídem, p. 75.
(113) *Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú.* Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.
(114) NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. *La responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios o servidores públicos: ¿Excepción a la aplicación del non bis ídem por más completa por más que exista*

La Ejecutoria Suprema Vinculante R. N. Nº 2090-2005, de Lima, del siete de junio de 2006, establece la conexión entre el *ne bis in idem* y el principio de legalidad y el de proporcionalidad. El de proporcionalidad se encuentra vinculado a la "prohibición de exceso", que evita que se sancione más de una vez a un imputado por el mismo injusto, y la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. El principio de legalidad impide que se sancione conductas que no se encuentran tipificadas y así se desprende del siguiente considerando:

> "**Quinto**: Que el principio *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que solo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente (…)".

Después de razonar, tratando de diferenciar el procedimiento disciplinario y el proceso judicial, la Sala Suprema en el R.N. Nº 2090-2005 vinculante, llega a la conclusión que no hay cosa juzgada porque la sanción administrativa: "(…) se debió al incumplimiento de sus funciones y a la comisión de graves faltas administrativas que incluso no son materia de acusación fiscal, conforme se aprecia de la Resolución de Alcaldía de (...) que, en cambio, en el presente caso se juzga hechos con contenido penal –véase acusación fiscal (...)–, distintos a los que originaron la medida disciplinaria que se le impuso". De aquí podría desprenderse razonando a contrario, que si los hechos del procedimiento disciplinario y el proceso penal son los mismos entonces se estaría ante una infracción del principio del *ne bis in idem*. La Sala Suprema no profundiza en este aspecto, lo cual hubiera sido importante para orientar a la judicatura, reconociendo que este es un tema sensible y que no tiene soluciones pacíficas.

La ejecutoria suprema vinculante consagra en los hechos la infracción del *ne bis in idem*; sin embargo, puesto que se infiere que la diferencia es el distinto fundamento cuyo contenido es el bien jurídico tutelado, y que el Derecho Administrativo sancionador solo preserva el correcto de la Administración Pública ¿No es acaso el mismo bien jurídico que en los delitos de funcionario

la presencia de la triple identidad? Los Precedentes Vinculantes. Sentencias y Acuerdos Plenarios en materia penal. Casatorias Penales en aplicación del nuevo CPP. Pleno Casatorio Civil. Editorial APECC, Lima, 2009, p. 215.

o servidores ha sido elevado a esa categoría? ¿No es cierto acaso que los bienes jurídicos conforman una unidad y que el derecho puede tutelarlos, y que el Derecho Penal solo lo hace en última ratio bajo la regla de mínima intervención? Entonces concluimos que el fundamento sigue siendo el mismo, y si le sumamos sujeto y hecho, estamos ante la consagración de la infracción del *ne bis in idem*; sin embargo, frente a esta conclusión, no nos podemos quedar en la constatación y en la crítica, porque hay un fundamento de política criminal que es la que sustenta la doble sanción y es que el agente pueda seguir siendo un peligro potencial si continua en la Administración Pública. Una nueva configuración del Derecho Penal, atendiendo estos cruces de supuestos de inconducta funcional y delitos, puede solucionarse estableciendo la pena de inhabilitación que contenga o subsuma sanciones administrativas como suspensión de cargo o cancelación del empleo en la administración pública, o la rotación a otra área, mientras prosiga el proceso penal, el que tendrá la convalidación definitiva una vez sentenciado el inculpado, es decir, que tendrían que incorporarse al tipo penal las sanciones de naturaleza administrativa como la amonestación, suspensión, o destitución según la Ley del Procedimiento Administrativo General Nº 27444, de tal forma que la sanción sería única, pues estaría prevista en el tipo penal y no habría infracción del artículo 230, inciso 10 de la Ley acotada, que establece que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

XVII. Principio acusatorio y Ministerio Público

En los sistemas procesales modernos la tendencia es a darle el monopolio de la acción penal pública al Ministerio Público, de allí que previo a esto, tenga a su cargo la dirección de los actos de investigación para decidir si presenta una acusación contra una persona al poder judicial.

Sobre este tópico el Código Procesal Penal de Chile establece con claridad el principio de exclusividad de la investigación penal de la siguiente manera:

> "Artículo 3.- El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acreditaren la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley".

En el Código Procesal Penal del Salvador denomina a esta exclusividad como principio acusatorio expresado que solo corresponde a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación del delito y promover la acción

penal; la que ejercerá de manera exclusiva en los casos de los delitos de acción penal pública (art. 5).

En el Código de Procedimiento Penal de Ecuador todavía persiste una situación ambigua puesto que señala en el artículo 10 que el proceso penal será impulsado por el fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte. Consideramos que dentro de la división de roles el impulso les corresponde a las partes, en el contexto de acusación y defensa.

En Perú con el surgimiento independiente del Ministerio Publico en 1980 se dio un paso importante para debilitar el sistema mixto de juez investigador y de fallo que aún subsiste en el Código de 1940. Antes el fiscal era un apéndice del Poder Judicial, y lo sigue siendo en el modelo del proceso ordinario en la fase instructiva. El NCPP es la negación de este sistema.

El Ministerio Público tiene el poder de la persecución penal y el procesamiento de los involucrados en delitos. Nadie puede arrogarse dicha función porque usurparía funciones de la fiscalía. La excepción es cuando se trata de delitos de acción privada, ya que aquí es el ofendido quien también cumple el rol de acusador.

La separación del rol de acusación y de fallo según la doctrina mayoritaria se sustenta en el Principio Acusatorio que le otorga al Ministerio Público, la facultad de ser titular de la persecución y la acción penal, y al juez la de fallar.

Bovino dice al respecto: "Por principio acusatorio solo formal, pues la persecución penal es pública, se entiende el desdoblamiento de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes"(115). No sé hasta qué punto el mencionar solo de un lado, el principio acusatorio propio de la fiscalía, deba ser un sustento de todo el proceso penal moderno, que debería tener de pronto otra denominación que sería el principio de división acusatorio y decisorio.

Para Maier, el principio acusatorio que da nombre al sistema se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir un pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedad iudex ex officio*) y la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación

(115) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal.* Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 37.

atribuida[116]. Si estimamos que el proceso es engendrado por la fiscalía, no hay que olvidar que quien lo cría es el Poder Judicial, y básicamente porque siendo importante la labor del Ministerio Público, en el sistema se convierte en parte procesal.

En el esquema del NCPP al Ministerio Público se le asigna un conjunto de funciones y obligaciones:

> "**Artículo IV. Titular de la acción penal**
>
> 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.
>
> 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.
>
> 3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.
>
> 4. El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos"[117].

1. El deber de la carga de la prueba

El fiscal tiene que realizar los actos de investigación necesarios a efectos de colectar los elementos de convicción para en principio presentar una acusación o causa probable, y que aceptados sus medios de pruebas, luego de actuados en juicio oral, deberán probar su tesis acusatoria. El imputado no está obligado a probar su inocencia, pues la tiene a su favor como presunción; pero no limita su derecho a ofrecer y solicitar la actuación de prueba que sostenga una teoría alternativa a la acusación fiscal.

(116) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 444.
(117) Artículo modificado por la Ley Nº 30076, publicada el 19 de agosto de 2013.

2. Conducción de la investigación

La investigación tiene como cabeza al Ministerio Público, institución que elabora la estrategia jurídica a seguir con el auxilio de la Policía Nacional. En su intervención, se expresa el principio de oficialidad, esto es, que la persecución penal del delito se encuentra en la potestad de la Fiscalía.

El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad, conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

Este deber de objetividad del fiscal impone a este –considerado entonces como "sujeto" o "interviniente" del proceso, antes que como una "parte" en sentido estricto– la obligación jurídica de proceder tanto en contra como a favor del imputado, extendiendo así su investigación a las circunstancias tanto de cargo como descargo(118). En esto radica una labor objetiva e imparcial de la Fiscalía, que si no encuentra prueba debe archivar la investigación.

Se reconoce que los actos de indagación que realiza la fiscalía y la policía no son jurisdiccionales, ese es su límite por lo que si se requiere la intervención judicial presentarán los requerimientos debidamente motivados, por ejemplo para una medida limitativa de derechos.

3. Relación con la Policía Nacional

La fiscalía como titular de la acción penal y la defensa de la legalidad, si bien trabaja con la colaboración de la policía, tiene la obligación de ejercer control jurídico sobre los actos de esta institución, sin perjuicio que deba respetar la organización administrativa y funcional. Esto obedece a una razón importante, quien da la cara en el Poder Judicial es la fiscalía, por lo que su caso debe ser presentado, habiendo respetado escrupulosamente los derechos del imputado.

XVIII. Competencia judicial

En el esquema de proceso penal con separación de funciones, la competencia judicial está diseñada para dar respuesta a determinadas pretensiones de las partes.

(118) GUZMÁN, Nicolás. "La objetividad del fiscal o el espíritu de autocrítica. Con la mirada puesta en una futura reforma". En: *Gaceta Penal*. N° 20, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011, p. 178.

El Código Procesal Penal de Chile dispone en su artículo 9 que toda actuación del procedimiento que prive o limite al imputado o a un tercero del ejercicio de sus derechos fundamentales requerirá necesariamente de autorización judicial. Puede darse la situación que en una diligencia como efecto se limite derechos fundamentales, entonces el fiscal debe solicitar autorización al juez de garantía que es el equivalente en el modelo peruano al Juez de Investigación Preparatoria.

El artículo V del NCPP establece que son los jueces los responsables de la conducción de la etapa intermedia y el juzgamiento, siendo la preparatoria el Ministerio Público. Es el juez quien expide las sentencias. Hay una delimitación de funciones en cada etapa, pero hay que considerar que el fiscal no deja de ser controlado judicialmente para evitar que caiga en arbitrariedad.

Conforme a la Constitución y al NCPP una garantía que una persona, a quien se le aplique la pena o medida de seguridad, debe ser como consecuencia de una resolución de órgano judicial competente que consagra dos principios, el juez natural y de jurisdiccionalidad.

XIX. Legalidad de las medidas limitativas de derechos

La legalidad procesal admitida en las medidas limitativas de derechos fundamentales implica que estas deben estar previamente determinadas por ley. No es admisible dictar medidas cautelares por analogía, salvo si hay una norma de remisión a otros ordenamientos procesales que pueden suplir algunos vacíos.

El Código Procesal Penal de Costa Rica dice al respecto de la legalidad en su artículo 10 que las medidas cautelares solo podrán ser establecidas por ley. El Código Procesal Penal de Chile dice en su artículo 5 que no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalada por la Constitución y las leyes. No solo tiene que estar señalada la medida cautelar sino el procedimiento previamente establecido, caso contrario se estaría infraccionando este principio. De allí que en el proceso penal chileno dice que las normas de restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

El artículo VI del NCPP establece el principio de legalidad de las medidas cautelares que limitan derechos fundamentales y dice que solo podrán dictarse por el juez en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Fuera

de esta regla, están las excepciones previstas en la Constitución como la detención policial en flagrancia o el arresto ciudadano.

La decisión de dictar una medida cautelar tiene como presupuesto que se sustente en resolución motivada y a solicitud de instancia de la parte procesal legitimada, que generalmente es el Ministerio Público. La motivación es una garantía que no puede ser obviada por el juez y que constituye un elemento sustancial del debido proceso. El juez debe explicar claramente las razones por las cuales ha decidido limitar un derecho fundamental.

La motivación implica además que la orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, y en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, debiendo respetar el principio de proporcionalidad (artículo VI del NCPP). La motivación debe expresar cuáles son los elementos o datos objetivos brindados por la parte legitimada que fundamenten el dictado de la medida y la necesidad o urgencia en la aprobación del requerimiento a efectos de evitar caer en la arbitrariedad.

XX. Legitimidad de la prueba

La prueba como procedimiento para acreditar o reconstruir hechos de relevancia penal propuesto por las partes está atravesada por un conjunto de garantías que buscan darle validez, que de su actuación y valoración sustentarán sentencias de condena o absolutorias. De allí la necesidad que desde su origen están no venga viciada o con elementos de inconstitucionalidad.

En el Código Procesal Penal de Colombia frente a pruebas ilegitimas, ilegales se fija con claridad una cláusula de exclusión en el artículo 23 así: "Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia". El precepto es bastante claro, una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales no puede servir para acreditar hechos, pues está viciada y debe ser declarada nula.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México maneja el concepto de legalidad de la prueba en su artículo 21 asi: "Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza este código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida a partir de información

originada en un procedimiento o medio ilícito". Hay que distinguir entre la legalidad de la prueba y la inconstitucionalidad, puede haber prueba obtenida contra las formalidades establecidas por la ley, las que pueden ser declaradas nulas o de pronto se pueden convalidar si estamos ante vicios de nulidad relativa. Sin embargo, las que tienen vicios de inconstitucionalidad son insubsanables y en consecuencia tienen que declararse nulas y expulsadas del proceso penal.

En sistema nacional la legitimidad de la prueba tiene relevancia constitucional atendiendo a la forma y modo en que se ha obtenido. Si se ha hecho dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales, entonces estamos frente a una prueba legítima y válida, y que puede justificar una sentencia penal. Esta concepción es acogida en el artículo VII.1 del NCCP que establece que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo**.**

Si existen dentro del proceso estas pruebas ilegítimas, obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, no pueden irradiar sus efectos en el proceso judicial en trámite y deben ser excluidas. La Corte Suprema ha establecido que sin perjuicio de excluirlas en la etapa intermedia, puede hacerse vía una audiencia de tutela de derechos.

XXI. Derecho de defensa del imputado

La actividad punitiva del Estado recae sobre una persona a la que se le imputa un hecho de carácter delictivo. Si bien esta tiene la presunción de inocencia, como derecho, también se le otorga derechos que le permiten rechazar los cargos en su contra. De allí que los ordenamientos procesales modernos han buscado otorgarle garantías para que en condición de igualdad pueda controvertir la acusación fiscal.

El derecho a la defensa tiene rango constitucional en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución que establece que un imputado no puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Esto incluso en el NCPP opera cuando hay prisión incomunicada. Tiene derechos a ser informado inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Además de comunicarse personalmente con un defensor de su elección de manera privada y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Hemos afirmado que un proceso judicial, desde su inicio, para el imputado, ya es una suerte de castigo porque se le restringe una serie de derechos,

por lo que en contrapartida a fin de darle igualdad de armas debe proveérsele de derechos para que pueda ejercerlos a su favor. Los derechos básicos reconocidos al imputado en el NCPP, son:

- Información de sus derechos. Debe instruírsele de cuales goza en el momento de su intervención con claridad ya que no es abogado, como guardar silencio, no declarar contra parientes.

- Comunicación, inmediata y detallada de la imputación formulada en su contra. Debe saber cuál es el cargo del que es sospechoso, es lo que se conoce como principio de imputación necesaria de tal forma que pueda preparar sus descargos.

- Ser asistido por un abogado defensor de su elección o por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. La defensa técnica o especializada es importante, pues, generalmente el imputado es lego y desconoce los procedimientos técnicos de defensa de allí que no se debe admitir incluso que no acepte contar con un abogado. Si no tiene recursos allí está la defensoría de oficio del Ministerio de Justicia que cumplen una labor importante.

- Derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa. Tiempo para preparar sus descargos, hallar pruebas de toda índole, instrumentales y personales.

- Ejercer su autodefensa material. Esta es una defensa de hechos que puede hacer el imputado desde su perspectiva y los jueces tienen la obligación de valorar los razonamientos facticos de esta persona.

- Intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria. Esto deviene del principio de igualdad de armas, debe dársele la garantía que se le permitirá hacer la defensa para rebatir las pruebas de la acusación.

- Utilizar los medios de prueba pertinentes. En el tamiz de la prueba debe concedérsele la actuación de pruebas que sean pertinentes al objeto de prueba o del hecho que pretende probar.

Hay que tener bastante claro que el derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. En ninguna fase debe dejársele sin defensa, puesto que esto deslegitima el juzgamiento y el resultado de este como es la sentencia.

XXII. Derechos de la persona agraviada

Cuando se realiza un acto delictivo, una persona natural o jurídica puede ser la agraviada como consecuencia de la acción realizada contra ellas, directa o indirectamente. El proceso penal moderno, admite la participación de ella con un conjunto de derechos, para que contribuya en la pretensión de condena de la Fiscalía con su aportación de pruebas, y su intervención directa y legitimada a partir de su constitución como actor civil para solicitar la reparación o indemnización de los daños y perjuicios que se le ha causado.

La intervención de la víctima, anteriormente soslayada en los procedimientos, incluso se le ha reconocido su legitimidad en el Derecho Penal internacional y concretamente en el Estatuto de Roma como sujeto procesal, con obligaciones y derechos.

En el Código Procesal Penal de Costa Rica en su artículo 7[(119)] fija una regla estableciendo que los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima (…). De aquí se infiere con claridad que la víctima tiene derecho a ser oída, en el plano de la reparación, defecto que encontramos por ejemplo y lo analizaremos en su momento en el NCPP cuando se hace una interpretación muy laxa a la intervención facultativa de la víctima en algunas diligencias del proceso.

El sistema procesal penal debe garantizar el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito; y la autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición. La idea central es equiparar en derechos a los sujetos procesales dándole un tratamiento igualitario.

XXIII. Gratuidad de acceso a la justicia

En la Constitución de 1993 se sustenta la gratuidad de la siguiente forma: "Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(119) Reformado el artículo 7 por Ley N° 8720 del 4 de marzo de 2009, publicada en *La Gaceta* N° 77 del 22 de abril de 2009.

(...) 16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala". A diferencia de la Constitución de 1979 que establecía la gratuidad para la defensa técnica, en la Constitución de 1993 va más allá pues un reconocimiento de la gratuidad a la administración de justicia(120).

El NCPP recoge este principio y también hay referentes en el Derecho Comparado, específicamente el Código Procesal Penal de Colombia(121).

Los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal trascienden los bienes patrimoniales que son tutelados por el Derecho Civil u otras ramas como el Administrativo. La racionalidad, en todo caso, es evitar recargar a la víctima de mayores males de los que ya tuvo, y al imputado darle la oportunidad de desplegar una defensa adecuada, y que esta no sea trabada por un problema de recursos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la norma establece una gratuidad para las personas de "bajos recursos" entonces es necesario adecuar legalmente y establecer quiénes son esas personas que deben ser asistidas. Pues, por ejemplo, actualmente tenemos personas que han cometido delitos y cuentan con recursos y que se apoyan en la defensa del Ministerio de Justicia, cuando estos son en número escaso y la demanda es bastante alta de las personas que no pueden contratar un abogado privado.

Se ha reconocido constitucionalmente que la gratuidad en el acceso a la justicia o de interponer recursos impugnatorios, forman parte del contenido esencial del debido proceso y a la tutela de los justiciables(122). Sin embargo, como hemos señalado, tiene que interpretarse sistemáticamente con el enunciado de persona de bajos recursos.

Que si bien el derecho a la tutela no puede en materia penal ser sometido al escollo de los pagos, pues para la población más necesitada sería una forma de discriminación, y es obligación del Estado establecer que este sea un servicio gratuito, es deber del sistema judicial el evitar que bajo la idea de que no hay que pagar nada aparezcan litigantes contumaces que usen la gratuidad para accionar contra cualquiera de forma arbitraria. Hemos de recordar que hay personas que se dedican a presentar demandas de amparo, hábeas corpus y denuncias penales contra quienes estimaba habían afectado sus derechos y de terceros aprovechándose que no tienen que pagar nada. Estas acciones a veces rocambolescas y desatinadas constituyen un clarísimo abuso del derecho al acceso gratuito a la justicia.

(120) ARIANO DEHO, Eugenia. *Constitución Comentada*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 591.
(121) Artículo 13. La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervengan, en cuanto al servicio que presta la administración de justicia.
(122) Ver STC Exp. Nº 1606-2004-AA/TC <www.tc.gob.pe> [Fecha de consulta: 5 de junio de 2014].

Capítulo VI
Normas procesales

I. Concepto

La norma procesal penal comprende a todas las leyes que tienen la función de realizar el Derecho Penal sustantivo donde existe interés público. Dentro de la norma procesal, están la Constitución Política, los Códigos Procesales Penales, las leyes de procedimientos especiales, y las leyes de organización judicial. En estas últimas, se fijan poderes y deberes concretos respecto del contenido formal del proceso, y las que reglamentan el modo, forma y condiciones de la actuación de esos órganos y de los demás intervinientes. Los poderes genéricos de jurisdicción, acción y excepción son sustanciales, pero se desenvuelven en virtud de atribuciones y sujeciones procesales(123).

II. Normas de orden público

La norma procesal es de orden público, ya que el Estado reemplaza a la autodefensa, y aquellas funcionan por medio de la jurisdicción, que es un poder público(124).

Las leyes de organización de los tribunales son de orden público, pues tienen que ver con la administración de justicia. En lo que respecta a la competencia, se considera que la competencia *ratione materiae* es de orden público y que resulta de la naturaleza del litigio.

San Martín desarrolla las razones por las que la norma procesal es de orden público, y es porque tienen las siguientes características(125):

(123) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1996, p. 97.
(124) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 127.
(125) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Grijley, Lima, 2001, p. 22.

- Son irrenunciables o imperativas, porque vinculan a todos los que intervienen en el proceso y no es posible sustituirlas por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de la autonomía de la voluntad y el proceso no puede regularse al margen de la ley.

- Son de garantía, porque tutela la jurisdicción penal, ya que definen los presupuestos del ejercicio de la acción penal, explicitan los efectos de las resoluciones judiciales en cada caso concreto y regulan la forma y contenido de la actividad jurisdiccional.

III. Efectos de las normas procesales con relación al tiempo

En el artículo VII del NCPP, se establecen algunas reglas de aplicación e interpretación de la norma procesal penal que es menester examinar.

La primera regla es que la Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. La excepción es que, rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

La norma procesal es de aplicación inmediata como regla y así ha sido concebida en la doctrina procesal penal más avanzada. La aplicación puede ocasionar afectaciones a derechos fundamentales, por lo que en este supuesto sigue rigiendo parcialmente la ley anterior. El TC, en su doctrina jurisprudencial, ha establecido que la norma que se aplica es aquella en la que se realiza el acto procesal, no importando si favorece o desfavorece al imputado.

Un primer antecedente de la actual posición del TC es la STC N° 1300-2002-HC/TC, Lima, dada en Lima, el 27 de agosto de 2003, en la que fijó las siguientes reglas:

"7. En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el Derecho Penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el Derecho Procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que este se realiza.

8. La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que estos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo. Así, el artículo 103 de la Constitución dispone que "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo". Esta excepción es aplicable a las normas del Derecho Penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. El artículo 6 del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable.

9. En el Derecho Procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no solo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que estos se producen.

9. El artículo 139, inciso 11) de la Constitución, establece que en caso de duda o conflicto de leyes penales, se debe aplicar la norma más favorable. Esta regla solo es aplicable en el Derecho Penal sustantivo, debido a que es en este donde se presenta el conflicto de normas en el tiempo, es decir, que a un mismo hecho punible le sean aplicables la norma vigente al momento de la comisión del delito y la de ulterior entrada en vigencia. En ese caso, será de aplicación la retroactividad benigna y la aplicación de norma más favorable, conforme lo establece el artículo 103, segundo párrafo, y 139.11 de la Constitución, respectivamente.

10. Por otro lado, la ley puede también establecer precisiones específicas acerca de la aplicación temporal de las normas, las que serán válidas siempre y cuando no contravengan la prohibición constitucional de la retroactividad normativa. Por ejemplo, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece que son aplicables las normas vigentes al inicio del proceso "inclusive para los que resta del proceso (...) siempre que se trate de disposiciones más favorables".

> No obstante, este artículo no ha entrado aún en vigencia, por lo que no resulta aplicable".

Lo particular de las reglas de esta sentencia son las del considerando once que reconocen que el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991 establece la inaplicabilidad de normas procesales cuando afecten derechos del imputado; sin embargo, las dejan de lado por la razón sencilla, que no se encontraba vigente el mencionado Código.

En el caso de Eva Rosario Valencia Gutiérrez, STC Exp. N° 2496-2005-PHC/TC, del 17 de mayo de 2005, se fija como regla vinculante lo dispuesto en el décimo segundo considerando:

> "Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse"[126].

Este es un tema de polémica, porque la ley procesal penal tiene como una de las características, limitar derechos fundamentales cuando se aplican medidas cautelares. Esta regla vinculante del TC reconoce la aplicabilidad inmediata en los procesos en trámite que es parte de la tradición procesal penal; sin embargo, no dice nada respecto de la aplicación favorable, o limitación de sus efectos cuando se desfavorezca al imputado.

Esta posición va a contrario con posturas doctrinarias como la de Jiménez de Asúa que sostiene que si las nuevas formas de enjuiciamiento contienen disposiciones que influirán en la penalidad de la defensa del imputado, no podrá dársele efectos retroactivos, porque no es posible someter al acusado a condiciones más graves que las previstas por la ley vigente en el momento en que el delito se perpetro[127]. Por otro lado, tenemos la posición de la CIDH en el dictamen en contra de los efectos retroactivos de norma procesal penal con ocasión del informe N° 83/00, caso 11688, Perú (García Pérez), a quien se le quería aplicar la Ley Nº 26641 que suspendía la prescripción de la acción penal por la institución de la contumacia en el sentido de que la irretroactividad

(126) STC N° 1593-2003-HC, Caso Dionicio Llajaruna Sare.

(127) VALLE RIESTRA, Javier. "Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias y la claudicación del Tribunal constitucional". En: *Actualidad Jurídica.* Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2004, p. 11.

benigna abarca también a los preceptos sustantivos como adjetivos que afecten cuestiones de derecho sustantivo(128).

En fin, el tema ha sido cerrado por la STC del Exp. N° 2496-2005-PHC/TC y los jueces están obligados acatar.

El Derecho Procesal no se desliga del Derecho material y tiene relación cuando se empieza a limitar derechos fundamentales. Ya decía Roxin que el Derecho Procesal Penal es Derecho Penal constitucionalizado por su nexo con derechos básicos de los individuos. Cuando el Derecho Procesal se vuelve muy restrictivo, puede llegar a configurar o ser parte de un Derecho Penal autoritario. Como ejemplo tenemos los decretos legislativos que se aprobaron, durante el gobierno dictatorial del ingeniero Fujimori, como el N° 895 que estableció un proceso especial para delitos de terrorismo agravado (sustituyendo al ordinario), en el cual, se redujeron los plazos de instrucción y juzgamiento. Esta reducción de plazos afectaba el derecho de defensa de los procesados, y además la derivación de civiles al fuero militar, obligó al TC a dictar sentencias que declararon inconstitucionales dichos procedimientos y nulos los juzgamientos en el fuero militar.

Los cuestionamientos de las reglas de procedimientos del Dec. Leg. N° 895 fueron que el inciso e) del artículo 7 establecía que la instrucción concluía en un plazo de veinte días, prorrogables por diez días más. El inciso f) del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 895 establecía en cuarenta y ocho horas el plazo para que el fiscal emita dictamen, e igual plazo para que el juez emita el informe correspondiente; el inciso g) establecía el plazo de veinticuatro horas para fijar fecha y hora de la audiencia, y el inciso j) fijaba plazos excesivamente cortos para la tramitación del recurso de nulidad. Esta sumariedad del plazo de instrucción debilitaba la naturaleza cognoscitiva del proceso, no respetaba las exigencias del debido proceso y el principio de legalidad procesal penal (*nulla poena sine iudicio*). Los dispositivos regulaban una estructura procesal inconstitucional, afectando el principio de igualdad de armas y el principio de presunción de inocencia. Análoga situación de inconstitucionalidad, presentaban los incisos c), d), e) y f) del artículo 2, del Decreto Legislativo N° 897, que regulaban los plazos y trámites para la instrucción de los delitos agravados por el Decreto Legislativo N° 896; así como los incisos c), d) y e) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 897, regulatorio del recurso de nulidad.

(128) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. *La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Nuevo Código Procesal Penal*. Selección de lecturas del Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2009, p. 33.

La siguiente regla de aplicación de la norma procesal en el tiempo es la establecida por el artículo VII.2 del NCPP que dice que la Ley procesal, referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible. ¿Quiere decir esto que se reviven los actos procesales anteriores? Pues no, sino en aquellos casos en que el acto procesal sigue desarrollándose o sus efectos continúan en el tiempo, siempre que sean favorables al imputado.

En el Código Procesal Penal de Chile en su artículo 11 establece que las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado. Aquí en la judicatura nacional existen posiciones que han promovido la aplicación inmediata con reglas desfavorables al imputado.

IV. Efectos de las normas procesales con relación a las personas

El fundamento de aplicación de la norma procesal deviene necesariamente del Código sustantivo, que en su artículo 10 si bien consagra el principio de igualdad; sin embargo, también acepta que existen diferencias o privilegios por razón de función o cargo, los que deberán estar taxativamente previstos en las leyes o tratados internacionales.

Bajo la regla de igualdad de todos ante la ley, la norma procesal se aplica a todos los ciudadanos. Excepcionalmente, por cualidades personales, existen reglas para una clase de imputados como son los altos funcionarios de la república, que se denominan aforados, porque se les ha previsto un fuero especial. Además tienen un privilegio de antejuicio, esto es, que la autorización de procesamiento debe provenir del Parlamento. Así se ha previsto toda vez que este se convierte en un filtro ante la posibilidad que detrás de las denuncias existan motivaciones políticas.

En el caso de magistrados, se debe llevar un proceso de investigación a cargo de la Fiscalía Suprema de Control Interno que debe culminar con la resolución que declara fundada o infundada emitida por la Fiscalía de la Nación que es la que decide si solicita el procesamiento penal.

Tienen inmunidad de procesamiento los miembros de las delegaciones de diplomáticos.

V. Efectos de las normas procesales con relación al espacio

La aplicación de la ley procesal, en razón del espacio o territorio, debe tomar necesariamente como referente al Código Penal que establece que la Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,

2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Entendemos por territorio, el espacio circunscripto por los límites jurídicos, tanto en lo que hace a la tierra como a las aguas. Y la ley se difunde por todos esos espacios de tierra o agua en los que por la naturaleza o por convenio se ha extendido la soberanía. Se incluye dentro de ese aspecto espacial los conocidos como territorios flotantes, esto es, existen delitos cometidos en lugares donde la única expresión de soberanía, en medio de un vacío de ella (aguas o espacio aéreo internacionales), es la bandera de la nave o aeronave[129].

La determinación del lugar de comisión del delito va a determinar qué norma procesal es aplicable. En el caso peruano, ante la existencia de dos ordenamientos procesales, esto es más nítido, por ejemplo, si un delito de robo se comete en Huaura, las reglas procesales serán las del Código de 2004; pero si este delito se realiza en el Callao, se aplicarán las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940.

VI. Integración de las normas procesales

Ante los vacíos de la legislación procesal penal, se busca integrar con otros ordenamientos y el que calza es el Código Procesal Civil. Ya este, en su disposición transitoria, preveía la aplicación supletoria en caso de laguna jurídica; sin embargo, esta aplicación debe ser compatible con el instituto a completar y no afectar derechos fundamentales.

(129) MORAS MOM, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 6ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 21.

Puede existir aplicación analógica cubierta desde los mismos códigos procesales penales, o también del civil; sin embargo, el límite de aplicación es que no afecten derechos fundamentales.

VII. Interpretación de las normas procesales

En la interpretación de la norma procesal se sigue los métodos generales del derecho en cuanto a este tópico, es decir, la interpretación literal, sistemática histórica y teleológica para entender el sentido normativo de la disposición; sin embargo, hay reglas que buscan compatibilizar la interpretación con los derechos humanos.

El Código Procesal Penal de Costa Rica establece los siguientes criterios para interpretar la norma procesal:

> "**ARTÍCULO 2. Regla de interpretación**
>
> Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento".

La regla costarricense fija una interpretación restrictiva cuando estas tengan incidencia en la libertad personal o el ejercicio de una facultad a otro sujeto procesal que puede ser la fiscalía o el actor civil. En este caso si valida la posibilidad de la analogía y la interpretación extensiva cuando favorecen la libertad del imputado o a las partes en el ejercicio de su derecho de defensa. Ese es el sentido de esta regla pues sino taxativamente, como se hace en los Códigos Penales o derecho sustantivo, se hubiese puesto la prohibición de analogía sin ninguna excepción. Esta prohibición parece fluir del Código Procesal Penal de Argentina que si bien en el artículo 2 establece que toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente; y a continuación dice que las leyes penales no podrán aplicarse por analogía; en el contexto tenemos que esta es una norma procesal, de allí que cuando dice "leyes penales" la entendemos como norma procesal penal.

En el Código Procesal Penal de Colombia tiene un conjunto de reglas o normas rectoras que en nuestro NCPP serían aquellas que se encuentran en el Título Preliminar, y en el artículo 26 se dice que esas normas son obligatorias

y prevalecen sobre cualquier otra disposición del código y que además serán utilizadas como fundamento de interpretación.

En el derecho anglosajón sobre la interpretación podemos acudir a la segunda Regla[130] Federal del Procedimiento Criminal de los EE. UU. se establecen cuáles son los fines que deben guiar la interpretación:

> "Estas normas deben ser interpretadas para proporcionar la determinación justa de cada proceso penal, para asegurar la simplicidad en el procedimiento y la imparcialidad en la administración, y eliminar los gastos y retrasos injustificables".

Véase que la interpretación norteamericana se guía axiológicamente, pues señala que se debe buscar que lo resuelto procesalmente se acerque a la justicia. Por otro lado, establece que la interpretación debe traer como resultado que el procedimiento deba ser simple, y se rechacen fórmulas alambicadas que conviertan el procedimiento en algo difícil y complejo. Por último, la interpretación debe resguardar la imparcialidad de los jueces y reducir los costos que implican un proceso judicial.

El artículo VII.3 del NCPP consagra la regla de interpretación restrictiva si hay afectación de derechos individuales así:

> "La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos".

También, en el artículo VII.4, se establece que en caso de duda insalvable de la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo, que completa la regla de evitar perjuicios al imputado.

(130) Vide: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_2> [Fecha de consulta: 3 de febrero de 2015].

PARTE II

EL PROCESO

Capítulo I
El proceso

I. Concepto

Fairén Guillén señala que existen varias formas de resolver un proceso intersubjetivo. Tenemos la auto tutela o auto defensa que hace una persona de un derecho afectado por otro. Lo resuelve mediante una acción directa resumido en el brocardo "hacerse justicia por su mano"[131]. La autocomposición por el cual las partes en disputa deciden llegar a un entendimiento sin intervención de tercero. Y por último la heterocomposición por la que las partes encomiendan a un tercero imparcial que dirima sobre el conflicto. La heterocomposición que es un medio para resolver controversias tiene dos modalidades que son el arbitraje y el proceso[132]. El proceso deviene asi en el único medio pacífico e imparcial para resolver conflictos intersubjetivos.

El proceso analizándolo técnicamente según Bauman es una relación jurídica que se desarrolla y modifica desde un acto procesal a otro. Existen derechos y deberes entre todos los intervinientes, especialmente entre el tribunal y la parte activa y pasiva, y entre el Ministerio Público y el imputado[133], es decir, el proceso involucra en su interior las relaciones que tienen entre sí los sujetos procesales.

Clariá dice que entre todas las partes se advierte un actuar coordinado y sucesivo, que incide en un objeto común y está orientado por una misma finalidad. Esa unidad no se altera por la diversificación de intereses ni por los distintos matices de la actividad. La labor es convergente, y se muestra en una continuidad de actos, concatenada y progresiva, que en forma sistemática regula el Derecho Procesal Penal objetivo y que esto es lo que se conoce por

(131) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 17.
(132) Ibídem, p. 18.
(133) BAUMAN, Jürgen. Ob. cit., p. 255.

proceso penal. Institucionalmente, se extiende como puente entre el delito y la sanción, por ser el único medio de convertir la imputación en punición(134).

El proceso penal está integrado por elementos subjetivos y objetivos: personas que actúan, y actividad que resulta de esa actuación. Entre ellos, hay completa interdependencia, puesto que la actividad procesal es obra de las personas del proceso cuando ejercitan las atribuciones o se someten a las sujeciones legales(135). Esto es obvio, porque lo que está dentro del proceso son relaciones de los sujetos procesales y la actividad que estos desarrollan conforme a su interés para actuar.

El proceso se distingue del procedimiento penal, porque este es la concreción del proceso; es su rito que la ley le fija en particular para adecuar su desenvolvimiento a la causa y a la fase procesal de su tratamiento(136). Está constituido por los actos que deben realizar los sujetos procesales en función de su interés dentro del proceso.

Desde el inicio hasta el momento en que el juez dicta sentencia, se suceden una cantidad de actos de procedimiento *("procederé"* quiere decir actuar), cuyo conjunto se denomina "proceso", término que implica algo dinámico, un movimiento, una actividad, y que es más amplio que juicio, que es el que antes se empleaba y que proviene de *"iudicare"*, o sea, declarar el derecho(137) La sucesión de actos procesales o de procedimiento son los que constituyen y se dan en el seno del proceso judicial que es un medio de resolver conflictos.

En una definición más acabada se concibe el proceso como una serie de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por posibilidades, expectativas, perspectivas y cargas (naturaleza jurídica), concatenadas entre sí de modo ordenado (estructura) y destinada a la consecución de satisfacciones jurídicas (función), bajo la dirección del juez estatal. Todo ello, en razón al principio de contradicción derivado de un conflicto entre los interesados, que ha devenido litigio al hacer crisis, y que precisa resolver pacífica y justamente por los tribunales (jurisdicción)(138).

(134) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1993, p. 209.
(135) BAUMAN, Jürgen. Ob. cit., p. 271.
(136) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 210.
(137) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 207.
(138) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 43

II. Objeto del proceso

En la doctrina se dice que el objeto del proceso es la afirmación de la consecuencia penal ante la existencia de una pretensión penal estatal de una situación de hecho determinada(139). Aunque aquí más bien estaríamos ante la asimilación al objeto como finalidad; pero desde una perspectiva más amplia, la declaracion de un derecho puede ser de una condena o una absolución. Esta última concepción tiene referentes en la jurisprudencia constitucional como la STC Exp. N° 06111-2009-PA/TC 7 de marzo de 2011que señala lo siguiente: "(…) aun cuando puedan existir concepciones tradicionales para las que el proceso penal ha tenido por objeto la determinación de la responsabilidad criminal del imputado, hoy en día se acepta pacíficamente que la justicia penal no se sustenta en propósitos de carácter positivo estructurados prima facie a la búsqueda de un inevitable o necesario responsable del hecho criminal. Por el contrario, se trata de concebir al proceso penal como un instrumento orientado a la búsqueda de la verdad en torno a la comisión o no de un evento delictivo, así como de la responsabilidad o no del imputado. En otras palabras se busca la verdad y no, de plano, la responsabilidad". El proceso penal no puede configurarse en estricto para condenar, pues por encima está la averiguación de la verdad, que no necesariamente coincidirá con la responsabilidad del imputado, sino hasta de su absolución.

Montero Aroca dice que el objeto del proceso penal no puede ser más que el hecho criminal imputado a una persona, elementos que determinan la extensión de la investigación y cognición judicial(140). Esta postura es limitada porque si bien en el proceso el hecho criminal de la acusación es lo que desencadena el proceso, no hay que olvidar que las partes también pueden colocar desde sus posiciones hechos por probar, el acusado la hipótesis para contrarrestar los cargos.

Sobre el planteamiento que el objeto del proceso es el hecho criminal, Clariá Olmedo precisa que no es correcto limitar la consideración del objeto procesal penal a lo puramente fáctico (hecho desnudo), sino que a este debe agregársele la condición de ser penalmente relevante(141). No cualquier hecho debe ser objeto del proceso, o de prueba. Pues si no encuadra en una norma penal, debe desestimarse. El objeto se mantendrá como tal mientras subsista la posibilidad delictual que impulse el proceso hacia el fallo que la defina. Cuando esa

(139) BAUMAN, Jürgen. Ob. cit., p. 271.
(140) MONTERO AROCA, Juan y otros. Ob. cit., p. 99.
(141) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 221.

posibilidad desaparezca por haberse extinguido o agotado la pretensión penal, deberá sobreseerse o absolverse; pero el objeto no faltará. De allí que podemos afirmar que el proceso judicial se mueve sobre una base de juicio de hechos.

Para Gimeno Sendra el objeto principal del proceso penal lo constituye la pretensión penal que es la declaración de voluntad dirigida contra el acusado en la que solicita al Tribunal una sentencia de condena que puede ser una pena o medida de seguridad(142). Esta pretensión se va a cimentar en una imputación como conjunto de hechos de relevancia penal que van a ser objeto de la prueba en el proceso para establecer si se produjeron o no y, si fue así, quién es el autor de los mismos. Debe considerarse que, como pretensión accesoria, tenemos la reparación del daño provocada por el delito, que desde lo fáctico deben probar que existió relación causal con el acto delictivo.

III. Fines del proceso

Fairén Guillen señala que la finalidad del proceso penal es satisfacer jurídicamente los intereses de las partes procesales. Estima que la satisfacción jurídicamente tiene dos acepciones:

a) Como *status operandi,* como actividad dirigida, dinámica, y fundamental, la satisfacción jurídica es la consecución y obtención práctica de una situación de cosas equilibrada y favorable a un sujeto, en sus intereses jurídicos, que se consigne a través de una actividad jurisdiccional, la cual culmina en el cumplimiento efectivo de una norma.

b) Como *status termini* –en el que el proceso ya ha terminado– es el estado de equilibrio de situaciones jurídicas de los sujetos, sin padecer perturbación alguna, mostrándose mediante el pacífico y permanente ejercicio de los derechos el cumplimiento de las obligaciones a través de actuaciones armonizadas en el seno de un orden social y jurídico(143).

La finalidad del proceso siguiendo a Fairén es que el proceso penal pueda dar satisfacción a un interés jurídicamente de los sujetos procesales. El fiscal como representante de la sociedad será satisfecho jurídicamente con la condena del acusado, mientras que este quedará satisfecho si su presunción de

(142) GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 65.
(143) FAIRÉN GUILLÉN. Ob. cit., p. 23.

inocencia se mantiene inalterable, y si la víctima obtiene una reparación integral de los daños que ha sufrido

Los fines del proceso penal, estimados en la doctrina, se desdoblan en genéricos y específicos.

Los genéricos son remotos y conjugan con el perseguido por toda la función jurídico-penal del Estado: pacificación jurídica por el mantenimiento del orden establecido(144) o también se le reconoce como la búsqueda de la convivencia pacífica.

Los fines específicos son los que corresponden al proceso en su unidad integral, siendo propios de él, y se resuelven en la obtención del material juzgable, para actuar con respecto a él el derecho, y en su caso, proveer al cumplimiento de las condenas. Pueden distinguirse en mediatos e inmediatos(145). El fin específico mediato coincide con la finalidad de la jurisdicción; actuación concreta del Derecho Penal y eventualmente del Civil, que se resuelve en la obtención de la cosa juzgada puesta en práctica con la ejecución. El fin específico inmediato es el sustento de esa actuación del derecho, y se resuelve en la obtención de la verdad con respecto al elemento fáctico del objeto propuesto, fijándolo a través de la prueba en cuanto a su coincidencia con la realidad histórica.

En esta concepción de fines específicos podemos distinguir entre finalidades mediatas, como el ejercicio de la jurisdicción para la aplicación del Derecho Penal y Civil en el ámbito de la reparación, y los inmediatos que nos vinculan ya a un caso concreto, y en los que tiene prevalencia la búsqueda de la verdad sobre la base de los enunciados facticos propuestos por las partes.

IV. Requisitos subjetivos

En este plano subjetivo se desenvuelve los actores del proceso penal como el juez que llevara a cabo el procesamiento, el Ministerio Público como titular de la acción penal, el acusado y su abogado defensor, y los demás sujetos intervinientes de acuerdo a sus pretensiones en el proceso, sea parte civil, o tercero civil.

(144) CLARIÁ OLMEDO. Ob. cit., p. 222.
(145) Ídem.

V. Requisitos objetivos

La fundamentación fáctica, la jurídica y la petición. La parte fáctica viene determinada por la atribución al acusado de la comisión de un hecho punible(146) que debe ser un hecho histórico y subsumible en tipos penales.

El título de condena o fundamentación jurídica o se resume en la calificación legal del hecho punible atribuible al acusado y la acumulación de la petición civil, esto es, la reparación que debe solicitarse como consecuencia del daño causado a la víctima.

VI. Caracteres del proceso penal

Los sujetos procesales y también las personas, a las cuales la opinión dominante niega subjetividad procesal, actúan en el proceso mediante actos procesales. Se encuentran entre sí en una relación jurídica especial: una relación jurídica procesal que es el sitio y la fuente de todos los derechos y deberes mutuamente existentes(147). Que si bien podemos establecer que los intereses de los sujetos procesales son los predominantes, pertenecen al ámbito subjetivo del proceso, no se puede negar que la intervención de otras personas, por ejemplo en calidad de testigos, tienen algunos derechos que no pueden soslayarse en el proceso judicial. Uno de ellos es el de no declarar contra sí mismo, o declarar contra parientes.

El proceso es una relación jurídica, porque toda relación entre quienes participan del proceso no tiene forma simplemente fáctica, sino que se convierte en una relación jurídica que debe ajustarse a las normas procesales para el periodo procesal pertinente y está sujeta a la valoración procesal. Se reconoce que esta situación se modifica continuamente, porque las relaciones en cada periodo procesal se estructuran, en virtud de cada acto procesal de un sujeto procesal, de otra manera, y el proceso, después de cada acto procesal, presenta una relación jurídica distinta de la anterior(148). Es una concepción dialéctica del proceso como actos encadenados entre sí, llevado esto al proceso penal, por ejemplo en la investigación preparatoria, los sujetos procesales por sus actuaciones serán el fiscal y el acusado. El juez interviene; pero en situaciones muy concretas.

(146) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 67.
(147) BAUMAN, Jürgen. Ob. cit., p. 217.
(148) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 222.

VII. Relación jurídica procesal

El proceso penal se sustenta en una relación jurídica procesal, y en la doctrina, se le reconoce los siguientes caracteres:

a) Es de **derecho público**, porque se regula la relación de los sujetos partes, con un órgano del Estado en función jurisdiccional.

b) Es de **orden público**, porque está relacionada con los principios constitucionales que regulan la administración de justicia como servicio en el sistema republicano.

c) **Compleja**, desde que se refiere a los derechos y obligaciones de todos los sujetos procesales intervinientes y es, por esta razón, que algunos la describen como bilateral en cuanto la relación la admite solo entre acusado y acusador, en tanto que, para otros, es **triangular**, porque también ambos se enlazan con el juez;

d) **Unitaria**, porque si bien ella da origen a relaciones entre las partes y el juez paso a paso, todas ellas tienen una finalidad única que es la de arribar a la sentencia, extremo por el cual esa relación se resume en una sola y única;

e) **Autónoma**, toda vez que si bien está construida sobre un concepto material que, por sí hace a la definición de fondo que persigue el proceso mediante su actuación en la sentencia, lo cierto es que, instrumentalmente, esa relación jurídico-procesal deriva de las normas de carácter formal que determinan los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en el proceso, desde su apertura hasta esa sentencia, para alcanzar a aquel, pero es independiente del mismo[149].

En cuanto al origen, el proceso se inicia con la constitución de querella y, mucho más aún, lo es por esa vía y por acción privada, por cuanto en ese caso –al igual que en el civil– la relación jurídico-procesal nace del inicio[150].

(149) MORAS MOM, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 6ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 39-40.
(150) Ibídem, p. 39.

Capítulo II
La acción penal

I. Concepto

Históricamente ubicamos una primera definición de acción en el Derecho Romano y concretamente en el Digesto, en el que se dice que la acción es el derecho o facultad de perseguir en juicio lo que a uno se le debe *(indicio persequendi)* y que predominó durante siglos. Se identificaba la acción con el derecho subjetivo, idea que subyace en algunas de las elaboraciones del *ius puniendi.* La doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX distingue entre la facultad de instar y el derecho sustantivo que se pretende hacer reconocer jurisdiccionalmente. En Alemania (Windscheid, Muther) y luego en Italia (Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti) se dio un fuerte impulso hacia una caracterización autónoma de la acción, que se entiende como independiente del derecho subjetivo que se pretende hacer reconocer y actuar. Se distingue así entre el contenido sustantivo, lo que se considera que a uno se le debe(151).

La acción para Moras es un instituto jurídico procesal autónomo, por medio del cual se materializa el derecho de peticionar, ante la autoridad judicial (concretada en un órgano jurisdiccional), la actividad pública necesaria para conocer y juzgar respecto de una pretensión jurídica por ella presentada(152).

Massari expresa que, en sentido amplio, la acción puede definirse como el **poder jurídico** de activar el proceso a fin de obtener, sobre su pretensión, un pronunciamiento jurisdiccional(153). La idea de activación del proceso se entiende del órgano jurisdiccional.

La acción penal es, para Alcalá Zamora y Castillo, el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie

(151) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1997, p, 312.
(152) MORAS MOM, Jorge. Ob. cit., p. 89.
(153) Citado por CLARIÁ OLMEDO. Ob. cit., p. 162.

acerca de la punibilidad de hechos que el titular de la acción reputa constitutivos de delitos(154).

La acción, considerada desde un punto de vista jurídico, es un medio de promover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos intersubjetivos de intereses y derechos aparentes(155).

Conforme a su concepción del proceso como situación jurídica, Goldschmidt entendió que la acción es un Derecho Público subjetivo contra el Estado para que este conceda la tutela jurídica.

Para Carnelutti, es un Derecho Público y subjetivo cuyo objeto es el cumplimiento del juez de una obligación procesal: una sentencia justa. El derecho es contra el juez, y no contra la parte contraria (teoría clásica), ni contra el Estado (teoría moderna alemana).

Alsina la define como la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efectos de tutelar una situación jurídica material, o sea, que para él no es un derecho contra la parte contraria, sino contra el Estado.

Según Couture, en la obligación, los sujetos son el acreedor y el deudor, mientras que en la acción aparece un nuevo sujeto, o sea, el Estado representado por el juez, que es el destinatario inmediato y directo de la acción, ya que a él le pide tutela jurídica el actor(156).

En la doctrina procesal, respecto de la acción, tenemos dos manifestaciones: la monista y la dualista.

La característica de la **doctrina monista** es que fusiona la acción con el derecho subjetivo material. Históricamente, hasta mediados del siglo XIX, predominó la doctrina que identificaba la acción con el derecho subjetivo material (doctrina derivada de Roma), en la que predomina la idea de este último (hasta Windscheid)(157).

Aparece una variante que niega la existencia del Derecho subjetivo, y que se expresa en Alemania, a partir de 1932, con la doctrina política nacional-socialista. Se niega a la acción toda calidad de derecho subjetivo frente o contra

(154) OMEBA. Tomo I, Driskill, Buenos Aires, 1986, p. 239.
(155) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 77.
(156) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 154.
(157) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., pp. 78-79.

el Estado, por negar también que este cumpla en el proceso con un deber especial de protección, y si, al contrario, con uno de tipo general (misión general de protección jurídica). Esta doctrina es una manifestación de la tendencia doctrinal y político-alemana de "lucha contra el derecho subjetivo, que al eliminar la idea de derecho subjetivo quedaba la acción aislada y a merced de la voluntad del Führer"[158]. Obviamente este concepción distorsionada de la acción tiene su sustento en la sumisión de la doctrina alemana a la locura genocida de Hitler.

Otra corriente doctrinal monista es aquella que identifica la acción con el Derecho subjetivo material. La acción –la *actio*– sería la base y origen de todo derecho subjetivo, y su consecuencia, la creación mediante ella, del derecho subjetivo (Binder, Lois Estevez, D'Ors Pérez)[159].

II. Doctrinas dualistas

Son aquellas que diferencian la acción del derecho subjetivo material, y tienen las siguientes expresiones, diferenciadas por algunos matices:

- La que fija la naturaleza de la acción como un derecho objetivo a obtener una sentencia (en abstracto) como tutela jurídica.

- La que considera a la acción como un derecho subjetivo concreto, dirigido a obtener una sentencia favorable.

- La que concibe a la acción como un derecho protestativo, bien dirigido frente al sujeto pasivo (Chiovenda) bien frente al Estado (en algún momento, Calamandrei)[160].

Para San Martín, siguiendo a Gian Doménico Pisapia, la acción es un poder –deber de activar la jurisdicción penal–, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica, y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del Derecho Penal sustantivo[161].

Florián concibe la acción como el poder de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre el fundamento de una relación de Derecho

(158) Ibídem, pp. 78-79.
(159) Ídem.
(160) Ibídem, p. 79.
(161) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 103.

Penal sustantivo. Vélez Mariconde la concibe como el poder jurídico de provocar la actividad jurisdiccional del Estado a fin de que el juez natural emita, en un proceso legalmente definido, una decisión sobre el fundamento de la pretensión jurídica que se hace valer(162).

Para Clariá, la acción es el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión fundada en la afirmación de la existencia de un delito, postulando una decisión sobre ese fundamento que absuelva o condene al imputado(163).

El derecho de acción es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho y se ejercita mediante la puesta en conocimiento del juez de instrucción de una *notitia criminis*(164). **Está vinculado al derecho de tutela judicial efectiva,** esto es, que el ciudadano tenga libre acceso a los órganos de la jurisdicción penal a fin de obtener de ellos una resolución motivada, fundada en derecho, congruente con la pretensión penal(165). Consideramos que el sustento constitucional está en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución de 1993 y que la acción es un medio necesario para la intervención de la jurisdicción(166).

Nos adherimos a la doctrina que separa la acción de la pretensión punitiva, que son dos cosas distintas, aunque es de destacar que tienen un nexo indisoluble.

Puede haber acción, pero no pretensión, la que puede haberse extinguido por institutos como la amnistía, la prescripción.

La acción es la potestad de acudir al órgano jurisdiccional, y en los delitos de persecución pública, esta radica en el Ministerio Público que conforme a ley puede disponer de la misma.

Un problema a discernir es cuándo nace la acción penal, pues vemos que la denominada excitación o intervención del órgano jurisdiccional para algunos es a partir de la presentación de la acusación, y para otros es que el ejercicio de la acción penal se da desde que el Ministerio Público realiza su deber de persecución o investigación. En el proceso civil esto se tiene claro que es desde la presentación de la demanda, en la que se encuentran las pretensiones. Haciendo un paralelo tiene cierto sentido que la acción penal se manifieste con

(162) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 162.
(163) Ibídem, p. 163.
(164) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 27.
(165) Ídem.
(166) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 217.

la presentación de la acusación. Una interpretación más extensa estima que se manifiesta en los actos iniciales de investigación. Si vamos a anclar un punto de partida para determinar desde cuándo puede ejercitarse potencialmente la acción penal, respondemos, desde el momento en que se cometió el delito. Y cuando muere, pues por las causas de extinción de esta que establece el Código Penal, sea por muerte del imputado, prescripción, amnistía, derecho de gracia, cosa juzgada (art. 78).

III. El Ministerio Público y la acción penal

Un problema derivado de estos conceptos, es desde cuándo se ejercita la acción penal, pues podría decirse en estricto, si concebimos como la facultad de acudir al órgano jurisdiccional, sería a partir de la presentación de la acusación; sin embargo, en la investigación preparatoria, se presentan pretensiones específicas del Ministerio Público que requieren la intervención judicial, sin las que no sería imposible poder avanzar en la investigación. Podemos describir entonces dos formas de concebir la acción penal a partir de las pretensiones.

Pretensiones especiales en Investigación Preparatoria. Están básicamente centradas en la petición de autorización de medidas cautelares, o de aseguramiento como una prisión preventiva, las que deben ser resueltas por el órgano jurisdiccional.

Pretensión principal concretada la acusación. La acusación como acto de postulación trae la pretensión de condena y de la reparación civil, si es que la víctima no se ha constituido como actor civil.

IV. Caracteres de la acción penal

1. Publicismo

La acción penal es de Derecho Público, por cuanto con ella se peticiona ante un órgano público del Estado, que es su órgano jurisdiccional, que cumple una función pública[167].

Es pública porque tiende a satisfacer un interés público colectivo, porque pertenece a la sociedad a quien defiende y protege porque son públicos a su fin

(167) MORAS MOM, Jorge. Ob. cit., p. 93.

y su objeto, porque es público el derecho que la rige y público el órgano que lo ejercita(168), que para estos efectos es el Ministerio Público.

La publicidad es otra de las características, debiendo distinguírsela del titular que la ejerce, que puede ser público o privado. Es pública porque tiende a satisfacer un interés general o colectivo; porque pertenece a la sociedad, a quien defiende y protege, ejercitándose en el interés de sus miembros, y porque son públicos su fin y su objeto, ya que tiende a aplicar un Derecho Público, su ejercicio se relaciona íntimamente con el poder jurisdiccional del Estado y está por encima de los intereses individuales(169).

2. Pretensión jurídica única

La acción penal es estrictamente punitiva. Ello no varía en ningún momento; es permanente respecto de todos los delitos. Cada tipificación delictiva que cumple la ley penal tiene prevista su específica punición(170).

La pretensión punitiva es la concreta y circunstanciada solicitud efectuada por quien se encuentra legitimado para ello a los fines de que el órgano decisor se pronuncie, condenando al imputado a la pena que jurídicamente corresponda(171).

La acción penal es única porque abarca todos los delitos cometidos por el agente, tanto en concurso ideal como real que no se hubiesen juzgado(172). Además porque el proceso penal no admite una pluralidad o concurso de acciones(173).

3. Oficialidad

Cuando la titularidad es conferida a un órgano público del Estado especialmente pre-constituido al efecto, y es aquí donde se erige el Ministerio Público como monopolizador de la acción penal.

(168) ARAGÓN MARTÍNEZ, Martín. *Breve Curso de Derecho Procesal Penal*. 4ª edición, México, 2003, p. 82 citando a Rafael Pérez Palma de su obra *Guía de Derecho Procesal Penal*. 3ª edicion, Tijuana, 1991, p. 34.
(169) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., pp. 160-161.
(170) MORAS MOM, Jorge. Ob. cit., p. 93.
(171) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., p. 309.
(172) ARAGÓN MARTÍNEZ, Martín. Ob. cit., p. 83.
(173) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., pp. 160-161.

4. Irrevocabilidad

Esta característica debe entenderse en el marco de operatividad de dos supuestos, que sea por mandato de la ley, obligación del Ministerio Público de perseguir el delito, y por la suficiencia de elementos de convicción para hacerlo. No cabe desistimiento en ese contexto.

La irrevocabilidad implica que una vez iniciada la acción penal, no puede suspenderse, interrumpirse o cesar, sino en los casos expresamente previstos por la ley(174).

Desde el ámbito de la víctima que pone la noticia criminal al Ministerio Público, no cabe que se desista, si es que son delitos de persecución pública.

5. Indiscrecionalidad

La indiscrecionalidad obliga a ejercer la acción penal siempre que concurran las condiciones legales, y, por tanto, el Ministerio Público no está facultado de abstenerse de promoverla por motivos de oportunidad o conveniencia, y debe perseguir siempre los hechos delictuosos que llegan a su conocimiento, sin poder desistir ni renunciar a los recursos, aunque sí puede aceptar, como consecuencia de la investigación realizada, que la acción carece de fundamento y, por tanto, solicitar el sobreseimiento, es decir, que tiene una discrecionalidad técnica para valorar si el hecho es o no delictuoso, o si el acusado es o no culpable. Este principio de la indiscrecionalidad, también llamado de la legalidad, se opone al de la oportunidad(175).

La acción penal no está sujeta a que discrecionalmente el Ministerio Público la ejercite o no, ya que si se encuentran acreditado el hecho delictivo y probada la presunta responsabilidad penal del indiciado, no está facultado para abstenerse de su ejercicio, ni por razones de carácter político o administrativa, ni por cuestiones de conveniencia, ni de otra índole. La acción penal no es propiedad del Ministerio Público, sino de la sociedad, por tanto no puede disponer de ella a su capricho(176). Sin un fiscal sin causa legal posible, con elementos de convicción para imputar se abstiene, o por ejemplo solicita sobreseimiento, excepcionalmente el juez puede controlar la legalidad de su actuación. El acto de abstenerse no es arbitrario, o la facultad de desistirse es como en el Derecho Privado, en tanto que estamos ante acción penal pública.

(174) Ídem.
(175) Ídem.
(176) ARAGÓN MARTÍNEZ, Martín. Ob. cit., p. 84.

6. Indivisibilidad

La indivisibilidad significa que la acción penal comprende a todos los que han participado en un hecho delictuoso; tanto es así que hasta el perdón del querellante en beneficio de un procesado se extiende a todos los demás.

Según Aragón es indivisible porque su ejercicio recae en contra de todos los participantes que intervinieron en el evento delictuoso, sean autores o partícipes. No es viable procesalmente puede perseguir solo uno o alguno de los presuntos responsables. Esta característica de la acción penal obedece a un principio de utilidad práctica y social por la necesidad de perseguir a todos los sujetos que hubieren intervenido en el hecho penalmente relevante(177).

7. Cumplimiento de condiciones para el ejercicio de la acción penal

Para iniciarse la acción penal debe cumplir ciertas condiciones que son una especie de obstáculos, para el ejercicio.

A la primera clase de esos obstáculos, se suele llamar condiciones de procedibilidad, como es la querella del ofendido en los delitos de acción privada, sin la cual no se puede promover la acción; y la denuncia del ofendido en los delitos de instancia privada. Esto podría eventualmente generar lo que se denomina cuestión previa, o simplemente ser rechazada la acción cuando es interpuesta.

La segunda clase, o sea, las condiciones de procesabilidad, es decir, los obstáculos que pueden encontrar la acción penal durante su ejercicio, cuyo objeto es la suspensión del trámite de la causa, son, por ejemplo, las cuestiones prejudiciales y la autorización que se requiere para someter al proceso a determinados funcionarios, como los miembros del Poder Judicial(178).

V. La acción penal pública en el Derecho comparado

En el CPPMI ha establecido que la persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el Ministerio Público, con el auxilio policial, sin necesidad de excitación extraña y sin atender criterio alguno de oportunidad, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley penal (art. 229). En esta

(177) Ibídem, p. 83.
(178) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 156.

el CPPMI le da relevancia a la acción penal pública manteniendo en el plano excepcional las salidas negociadas o denominados criterio de oportunidad.

La acción penal pública es consagrada por la legislación procesal comparada y nacional, estableciendo quién es el titular y en qué condiciones se ejerce. En el Código Procesal Penal francés se dice en el **artículo 1** que la acción pública o penal para la imposición de las penas es promovida y ejercida por los magistrados o por los funcionarios a quienes les esté confiada por la ley. En este caso en la medida que el modelo francés es uno mixto, todavía existe la instrucción y si bien la Fiscalía ejerce la acción penal, se deja abierta la interpretación para que otro funcionario sea el que la ejercite, en todo caso debe entenderse que está legitimado para denunciar; pero no ejercitar la persecución. La acción penal también puede ser promovida por la persona perjudicada, de acuerdo con las condiciones determinadas por la ley francesa. Esto hace referencia a las acciones a iniciativa de instancia.

El Código Procesal Penal de Colombia dice lo siguiente respecto de la titularidad de la acción penal:

> "**Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad**. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.
>
> No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías".

En este caso el legitimado para ejercer la acción penal es el Estado a través de la Fiscalía, y es una obligación de la que no puede sustraerse si ha tomado conocimiento por denuncia de parte, o de oficio o cualquier otro medio. De allí que bajo el principio de legalidad no puede suspender ni renunciar a la persecución penal salvo las previsiones establecidas legalmente. Y siendo más claros que el NCPP peruano dice que ese ejercicio está sometido a control de legalidad judicial, y estimamos que esto no es un ataque al principio acusatorio, sino al contrario su consolidación en tanto que este último cuando define roles, establece las obligaciones y facultades que tiene cada órgano estatal.

El Código Procesal Penal de Argentina dice con claridad que la acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

El Código Procesal Penal de Chile, en su artículo 1 califica la acción penal como pública o privada. Si es pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. La acción puede ser ejercida, además, por las personas que determine la legislación chilena. La acción penal pública y para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad se enfatiza que siempre es pública. Lo único que podríamos entender con esta norma es que los delitos de acción privada se convierten en pública cuando los afectados son menores de edad.

La legislación chilena regula que la renuncia de la acción penal solo afectará al renunciante y no a otras personas a quienes también correspondiere la acción (art. 57). Para establecer una relación jurídica procesal válida entre los sujetos del proceso la acción penal en el modelo chileno precisa que la acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito, y también que la responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales. El Derecho chileno establece que por las personas jurídicas responde los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare. La legislación chilena acoge la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas y que analizaremos en la parte pertinente.

El Código Procesal Penal de Costa Rica establece (art. 16) que la acción penal puede ser pública o privada. Aquí se le otorga el monopolio al Ministerio Público cuando es pública, lo que no exime o prohíbe la participación de la víctima o ciudadanos con interés. Sin embargo, respecto a la iniciativa de denuncia tenemos que en delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de aduanas, Nº 7557, del 20 de octubre de 1995; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, Nº 7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, Nº 6872, de 17 de junio de 1983, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos iniciados por acción de la Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio

Público[179]. La codificación procesal penal costarricense trae figura no prevista en las legislaciones de Iberoamérica que es la **conversión de la acción pública en privada, en los siguientes términos:** La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos (art. 20). Los elementos centrales son la levedad de los delitos atribuidos, o que no exista un interés público que se deba proteger, por ejemplo, si la seguridad pública está de por medio no puede trocarse la acción pública en privada.

En la legislación peruana tenemos que el artículo 159 de la Constitución, le corresponde al Ministerio Público con el ejercicio de la acción penal pública la que se expresará en las siguientes atribuciones:

- Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho. Como expresión de esta facultad, tenemos la acción de inconstitucionalidad que presenta respecto de leyes que considera violan la Constitución. La ejercitan ante el Tribunal Constitucional.

- Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. Tiene un rol de guardián de la independencia judicial ante la intervención política, o económica que pueda intentar erosionarla.

- Representar en los procesos judiciales a la sociedad. En materia penal en los tipos penales vinculados a bienes jurídicos difusos, como el medio ambiente, la ecología, ejercen en juicio la representación.

- Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. Esta tarea esencial en la persecución del delito se expresa en la investigación preliminar y preparatoria como paso previo al ejercicio de la acción penal.

- Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. Ejercicio directo o cuando se requiera previa incoación a instancia de parte.

(179) Reformado el segundo párrafo del artículo 16 por la Ley N° 8242 del 9 de abril de 2002, publicada en *La Gaceta* N° 83 del 2 de mayo de 2002.

- Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla, como los procesos penales, los contencioso-administrativos, o de familia.

- Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

El artículo 1.1 del NCPP señala que la acción penal es pública y que su ejercicio, en los delitos de persecución pública, le corresponde al Ministerio Público, lo que guarda coherencia con la disposición constitucional. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular. Es decir, que el eje central de la acción pública es la actuación del Ministerio Público, de allí la relevancia del principio acusatorio que sustenta el actual modelo.

VI. Acción privada

El Código Procesal Penal de Argentina con relación a esta acción señala que se ejerce por medio de querella, en la forma especial que establece la ley argentina.

El Código Procesal Penal de Chile (art. 1) en su parte pertinente dice que la acción penal privada solo podrá ser ejercida por la víctima. A diferencia de la legislación peruana los tipos penales sujetos a acción privada están previstos en el Código Penal, mientras que en el modelo procesal chileno se fija en el artículo 55 cuales son los delitos de acción privada los siguientes:

a) La calumnia y la injuria;

b) La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del Código Penal;

c) La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y

d) El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

El Código Procesal Penal de Costa Rica de manera similar al chileno en el artículo 19 establece que los delitos de acción privada son:

a) Los delitos contra el honor

b) La propaganda desleal.

c) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

La legislación chilena regula la renuncia o desistimiento de la acción penal. La acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida en la medida que son persecuciones de oficio bajo real principio de oficialidad. La renuncia sí se extingue por la renuncia de la acción penal privada y la civil derivada de cualquier clase de delitos.

Si el delito es de aquellos que no pueden ser perseguidos sin previa instancia particular, la renuncia de la víctima a denunciarlo extinguirá la acción penal, salvo que se tratare de delito perpetrado contra menores de edad. Esta renuncia no la podrá realizar el Ministerio Público que asume la defensa obligatoria de los menores (art. 56).

En los delitos de persecución privada, corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querella (art. 1.2 del NCPP).

A diferencia de la Acción Pública, la Privada la ejercen los particulares y procesalmente es a impulso de parte. Está regido por el principio dispositivo, es decir, que la persona decide si ejercita la acción o se desiste de la misma si ya la ejerció, o nunca emplea esa facultad.

La querella está prevista solo para determinados delitos como Violación de la intimidad, artículos 154 a 157 del Código Penal, y el artículo 158 es el que dispone que sean perseguibles por acción privada.

En los delitos contra el honor como injuria, calumnia y difamación (arts. 130 a 137 del Código Penal) el artículo 138 del mismo cuerpo legal dispone que solo se proceda por acción privada.

En la doctrina se critica la denominación de acción privada e impropia desde el punto de vista técnico, ya que la acción por su naturaleza es siempre pública; podrá sí ser privado el órgano que la ejerce. De tal forma, que se propone denominar a los delitos de acción privada: delitos perseguibles a instancia de parte, en contraposición a los perseguibles de oficio[180].

(180) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., pp. 167-168.

1. La presentación de la querella. Instancia de parte

En el Código Procesal de Costa Rica se reconoce que puede existir del delito de acción pública pero perseguible a instancia privada (art. 17). En este caso el Ministerio Público solo la ejercerá una vez que formulen denuncia, ante autoridad competente, el ofendido mayor de quince años, si tiene menos sus representantes legales, tutor o guardador. Se faculta que la fiscalía antes de la instancia, pueda realizar actos urgentes(181) que impidan continuar el hecho o los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima. Sobre la naturaleza de los delitos perseguibles a iniciativa de instancia es que serían semipúblicos, esto es que los intereses no son en estricto privados sino también hay una vinculación con lo público, pero que no alcanza a una gravedad tal que permita que el Ministerio Público directamente.

Si en la investigación previa surgieron defectos, estos pueden subsanarse con posterioridad siempre que la víctima ratifique la instancia hasta antes de finalizar la audiencia preliminar. Como la víctima tiene un poder de disposición para que continúe la acción penal a través de la fiscalía, puede revocar la instancia antes de que se inicie el juzgamiento. No hay revocación para unos y no para otros, esta comprenderá a todos los presuntos autores pues de lo contrario se atentaría contra la regla de igualdad.

El Código costarricense enumera cuáles son los delitos de acción pública perseguibles a instancia o iniciativa privada (art. 18) y son:

a) El contagio de enfermedad y la violación de una persona mayor de edad que se encuentre en pleno uso de razón.

b) Las agresiones sexuales, no agravadas ni calificadas, contra personas mayores de edad.

c) Las lesiones leves y las culposas que no tengan origen en un accidente o hecho de tránsito, el abandono de personas, la ocultación de

(181) En esta regla se verifica la influencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica que en el artículo 229 último párrafo establece que cuando la ley penal establece condiciones para la persecución penal a una instancia particular o a la autorización estatal, el Ministerio Público la ejercerá una vez que se produzca la instancia o la autorización por los medios que la ley disponga, sin perjuicio de realizar o requerir los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían con la demora, siempre que no afecten el interés protegido por la necesidad de la instancia o de la autorización.

impedimentos para contraer matrimonio, la simulación de matrimonio, las amenazas, la violación de domicilio y la usurpación[182].

d) El incumplimiento del deber alimentario, del deber de asistencia y el incumplimiento o abuso de la patria potestad.

e) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

Podemos apreciar que los tipos penales determinados por la ley de Costa Rica en la percepción de ellos los consideran como de menos gravedad de tal forma que las víctimas pueden condicionar a su denuncia el ejercicio de la acción por la fiscalía. En el modelo peruano, sin embargo, para los delitos de violación sexual se ha estimado aun cuando la víctima sea mayor de edad que este es un delito de persecución pública. Una antiquísima legislación establecía que la víctima era la que debía denunciar y ser la acusadora, e incluso si había casamiento podía finalizar el proceso, lo que era atentatorio pues se obligaba a la perjudicada contraer matrimonio con su violador.

Los demás delitos del catálogo de denuncia de instancia están comprendidos en la legislación penal como perseguibles por acción pública salvo el delito de lesiones culposas leves, que es por acción privada[183].

El Código Procesal Penal de Chile también establece, aunque excepcionalmente, que la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima (art. 1). En los delitos de acción pública previa instancia particular o privada no podrá procederse de oficio sin que el ofendido por el delito hubiese denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía (art. 54)[184]. Esto difiere del modelo de Costa Rica

(182) El inciso c) fue reformado por Ley N° 8696 del 17 de diciembre de 2008, publicado en el Alcance N° 55 a *La Gaceta* N° 248 del 23 de diciembre de 2008.

(183) El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa.

(184) a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5, del Código Penal; b) La violación de domicilio; c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal; d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal; e) Los previstos en la ley N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial; f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa. A falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición. Cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el Ministerio Público podrá proceder de oficio. Iniciado el procedimiento, este se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública.

donde el Ministerio Público puede realizar acciones urgentes para resguardar fuentes de prueba. El Código Procesal Penal de Argentina también es tajante, pues en su artículo 6 establece que la acción penal dependiente de instancia privada no se podrá ejercitar si las personas autorizadas por el Código Penal no formularen denuncia ante autoridad competente.

Como antecedentes en el caso peruano tenemos que el Código de Procedimientos Penales en el artículo 2 dice que la acción penal pública se ejercita por el Ministerio Público o a instancia de la parte agraviada. Esta persecución a instancia de parte ha sido mantenida en el NCPP, en el artículo 1.3 que regula respecto de los delitos que requieren la previa instancia del directamente ofendido por el delito. El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está condicionado con la denuncia de la persona autorizada para hacerlo. El Ministerio Público puede solicitar, al titular de la instancia, la autorización correspondiente. En los delitos de instancia previa implica que haya un titular de la denuncia, de tal forma que sea una condición para la intervención del Ministerio Público; si no hay esa intervención, la fiscalía no está legitimada para perseguir.

Este esquema es aplicable en los delitos de atentados contra el sistema crediticio –quiebras fraudulentas previstos en los artículos 209 a 211, 213-A–, según el artículo 213[185] del Código Penal, existe la posibilidad de acción privada o de parte para que intervenga el Ministerio Público.

(185) Dice que solo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. "El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como parte interesada en el proceso penal que se instaure" (art. vigente conforme a la modificación establecida por la Octava Disposición Final de la Ley Nº 27146, publicada el 24/06/1999).

Capítulo III
Las salidas alternativas

I. Antecedentes del principio de oportunidad

El proceso penal es un mecanismo de resolución de conflictos, sin embargo, existe la posibilidad de salidas negociadas en las que se satisfaga las pretensiones de las partes dentro de las limitaciones establecidas por la ley. De Acuerdo a la levedad del delito funcionan las instituciones de principio de oportunidad, en el caso peruano expresada también el acuerdo reparatorio, y otros como terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio.

En el CPPMI el tratamiento de este principio en el artículo 230 es que en los casos en que la ley pena permita se aplique de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el Ministerio Público, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del Ministerio Público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente.

En este caso como se trata de una solicitud de archivo, sin embargo, se estima que esto no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el Ministerio Público cuando lo estime pertinente. Esto de alguna manera guarda relación con el principio de oportunidad peruano puesto que en algunos casos el archivo definitivo está condicionado al cumplimiento por ejemplo del pago de la indemnización.

El CPPMI, respecto al fundamento normativo del criterio de oportunidad, recomienda hacerlo por ley, aunque estos pueden ser fijados también a nivel constitucional. El Código Modelo señala cuáles podrían ser los casos en los que podría operar el principio de oportunidad y son los siguientes:

1. "Por hechos que por su insignificancia o su falta de frecuencia, no afecten gravemente el interés público. Será inaplicable si la pena mínima del delito supera los tres años de privación de libertad o el delito haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

2. Cuando la contribución o la culpabilidad del agente en la comisión del hecho sea leve y no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

3. Cuando se trate de casos que reúnen los presupuestos bajo los cuales el tribunal puede prescindir de la pena.

4. Cuando para evitar la consumación de un hecho o para facilitar su persecución penal, resultare idóneo prescindir de la persecución de otro hecho o de una contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo.

5. Cuando alguna de varias infracciones legales, que han sido cometidos por una misma acción o por varias acciones, carecen de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que probablemente se aplicará, se podrá limitar la persecución a la otra u otras infracciones restantes; de la misma manera se procederá cuando la pena o medida de seguridad y corrección que se espera por un hecho punible carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en el extranjero, y procede la extradición y entrega del imputado al país extranjero; en este mismo caso, se podrá prescindir de la extradición activa. En estos supuestos, el procedimiento podrá ser reabierto y se podrá proseguir la persecución penal, si la pena o medida de seguridad esperada no se ejecuta o impone".

Las características de los casos es que sean delitos leves, y no tengan relevancia en el interés público. No procede cuando se trata de funcionarios públicos en cumplimiento de sus tareas como empleados del Estado. Se nota la influencia del CPPMI en la legislación procesal peruana.

El Código Procesal Penal de Colombia dice sobre el principio de oportunidad que debe hacerse con sujeción a la política criminal del Estado (art. 321). Esto es de por sí importante pues la política criminal diseñada desde el Estado, debe ser siempre la base para poder operar estas instituciones excepcionales. La persecución penal es la obligación principal del Ministerio Público en Colombia, y se sustenta en el principio de legalidad. La persecución debe comprender los autores y partícipes en los hechos que revistan las características

de una conducta punible (art. 322) El principio de oportunidad es la excepción y la Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, solo en los casos establecidos por la ley y que son:

> "1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
>
> 2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
>
> 3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
>
> 4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
>
> 5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
>
> 6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.
>
> 7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
>
> 8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la Administración Pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa" (art. 324)[186].

(186) La norma procesal colombiana establece que en los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan

Si hacemos una comparación con la legislación procesal nacional observamos que en el modelo colombiano los delitos que pueden someterse a principio de oportunidad son los que tienen levada o no hay un alto interés público, aunque algunos supuestos son en realidad una declinatoria de jurisdicción cuando hay extradición de por medio o se entrega al imputado a la Corte Penal Internacional.

II. Principio de oportunidad y NCPP

La estructura del NCPP permite tentar algunas alternativas pare resolver el conflicto generado por la comisión del ilícito. Se trata de abreviar los procedimientos a quienes acepten los cargos, evitándole al Estado una persecución penal costosa y que tenga una larga duración en el tiempo.

El principio de oportunidad es el anverso del principio de legalidad y que si bien es excepcional, implica una abstención de la persecución en aras de la solución del conflicto provocado a partir de la trasgresión de una norma penal. El NCPP regula esta institución en el artículo segundo, señalando los supuestos y el procedimiento.

La orientación del NCPP es que menos porcentaje de casos lleguen a juicio, buscando salidas alternativas a fin de que se pueda resolver el conflicto surgido por la trasgresión de una norma penal. Por eso, es necesario poner énfasis en las salidas alternativas, o si se quiere, en la negociación donde participan el Ministerio Público, la parte denunciada y la parte civil. Las salidas alternativas las tenemos expresadas, a nivel fiscal, en el principio de oportunidad antes de la denuncia penal o cuando ya está judicializado, la Conclusión Anticipada y la Terminación Anticipada bajo control jurisdiccional. El abogado defensor, al trazar su estrategia, tiene dos caminos: una estrategia de negociación o una estrategia de confrontación, pero estas van en función de los intereses de su cliente.

Las partes deberán plantearse cuáles son los Objetivos de la Negociación y dependerá del punto de vista de cada actor del sistema. Desde el fiscal, la

suministrado elementos para su realización. Que en relación a la aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto, pues ya estamos ante delitos de gravedad media, inadmisible en el caso peruano. Además dispone que el fiscal está prohibido de aplicar el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

perspectiva será la de cumplir su misión como defensor de la legalidad, de combatir el delito y lograr que se castigue a los culpables, además, optimizar los recursos del Estado, evitándole cargas y procesos engorrosos al Poder Judicial.

Desde el responsable del ilícito, será el de evitar una pena severa y de alta reparación civil, además de no ser estigmatizado en un proceso público.

Las partes en la negociación se respaldarán en la fuerza de los medios probatorios que posean si es que van a un juicio.

"**Artículo 2. Principio de oportunidad**[187]

a. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal (…)".

La legitimidad, para solicitar la aplicación del principio, la tiene el Ministerio Público de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

> "a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria".

El límite de pena máxima si es delito doloso es de 4 años, pero esto no opera en delitos culposos. El imputado como resultado del delito ha sufrido también daños graves de tal forma que no se le puede cargar mayores sanciones por un criterio de humanidad.

> "b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo".

Los delitos que no afectan gravemente el interés público y se circunscriben más al ámbito privado pueden ser susceptibles del principio de oportunidad, pero es inaplicable si la pena mínima conminada es superior a los dos años. Tampoco se admite el principio de oportunidad cuando el funcionario público realiza la conducta típica en ejercicio de su cargo, porque las exigencias a este son mayores que a un ciudadano común y corriente.

(187) Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley Nº 30076, publicado el 19 de agosto de 2013.

> "c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo".

Son delitos en los que pueden operar el error de tipo y error de prohibición (art. 14 del Código Penal), error de comprensión culturalmente condicionado, cuando la cultura les impide determinarse que la conducta es antijurídica (art. 15). La tentativa por la que solo se ha puesto en peligro del bien jurídico (art. 16), responsabilidad atenuada en los supuestos del artículo 20 (art. 21), responsabilidad restringida por la edad, entre 18 a 21 años, y mayor de 65 tienen un tratamiento más favorable (art. 22), complicidad la que deben estimarse que es en el caso de la secundaria o no necesaria (art. 25), la pena, a la que se alude, es la abstracta y no la prognosis e igualmente se mantiene la excepción en el caso de funcionarios. Para operar el principio, es necesario que el agente haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

1. Trámite

El fiscal citará a una audiencia al imputado y al agraviado para arribar a un acuerdo, debiendo documentarse en acta. Si no asiste el agraviado, el fiscal planteará la pretensión reparatoria. Si no hay acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el fiscal lo fijará, siendo el máximo nueve meses. Si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo, y este consta en instrumento público o documento privado legalizado, notarialmente no se hará la audiencia (art. 2.3 del NCPP).

Realizada la audiencia y satisfecha la reparación civil, el fiscal expedirá una disposición de abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. Aquí funciona la prohibición de persecución por el mismo hecho a nivel fiscal.

Cuando haya plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de la disposición de abstención hasta su cumplimiento. Si la parte imputada no cumple con pagar la reparación civil, el fiscal dicta la Disposición para la promoción de la acción penal, la cual es inimpugnable.

El fiscal puede considerar, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64[188] del Código Penal. El fiscal solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados.

III. Principio de oportunidad y acuerdos reparatorios

La redacción de las normas de principio de oportunidad no está lo suficientemente sistematizadas pues luego de establecer las reglas genéricas de aplicación del principio de oportunidad, se precisan algunos delitos sobre los que puede haber acuerdos reparatorios. EL NCPP dice que el fiscal procederá a promover acuerdos reparatorios en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215[189] del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

En el protocolo de Actuación Interinstitucional elaborado por el Ministerio de Justicia - Comisión de implementación del Código Procesal Penal se

(188) Artículo 64. Reglas de conducta

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;
3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

(Modificado por la Ley N° 30076 publicada en *El Peruano* el 19 de agosto de 2013).

(189) Artículo 122. Lesiones leves, Artículo 185. Hurto Simple, Artículo 189-A. Hurto de ganado, Artículo 190. Apropiación ilícita común, Artículo 191. Sustracción de bien propio, Artículo 192. Apropiación irregular, Artículo 193. Apropiación de prenda, Artículo 196.- Estafa, Artículo 197. Casos de defraudación. Artículo 198. Administración fraudulenta, Artículo 205. Daño simple, Artículo 215. Modalidades de libramientos indebidos.

dice que es un mecanismo de negociación y solución del conflicto penal que permite la culminación del proceso penal previo acuerdo entre el imputado y el agraviado (privilegiando el principio de consenso), permitiendo –a su vez que el imputado sea beneficiado con la abstención de la acción penal por parte del fiscal y el agraviado con la satisfacción del pago de la reparación civil.

El fiscal de oficio, o a pedido del imputado o de la víctima, propondrá un acuerdo reparatorio. Si aceptan, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el fiscal promoverá la acción penal.

Si la acción penal hubiera sido promovida, el juez previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento hasta antes de formularse la acusación.

La resolución solo es impugnable, en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

Podemos apreciar que si bien en el principio de oportunidad el fiscal aun sin la presencia del agraviado lo sustituye y tiene legitimidad para acordar la reparación civil, en el caso del acuerdo reparatorio en el que debe primar el consenso es necesaria la presencia de imputado y agraviado. Si no hay acuerdo el fiscal promoverá la acción penal. Si el imputado no asiste a la audiencia la segunda vez, el fiscal también ejercitará la acción penal.

Con la Ley N° 30076 se ha establecido otros supuestos para que el fiscal se abstenga de ejercitar la acción penal y asi están señalados en el siguiente párrafo del artículo 2 del NCPP:

> "8. El fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo".

La misma Ley N° 30076 ha establecido prohibiciones de aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio en los siguientes casos:

> "a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;
>
> b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;
>
> c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,
>
> d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.
>
> En estos casos, el fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal".

Como conclusión podemos decir que el principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio como subespecie, buscan solucionar el conflicto en delitos leves, que no afecten el interés público. Aquí no hay sanciones o penas, sino reparaciones o indemnizaciones a la víctima, la que interviene para lograr que se pueda fijar montos adecuados que puedan resarcirla de los daños ocasionados. El efecto además de dar satisfacción a estos intereses es que la Fiscalía y el Poder Judicial se descarguen de estos casos, solucionen conflicto y concentren sus esfuerzos en casos de mayor trascendencia social.

Capítulo IV
Medios de defensa técnicos

I. Concepto

Son medios que pueden ser usados por el imputado, y tienen la finalidad de evitar la promoción de la acción penal, suspender o anular el proceso las que adoptan formas de acuerdo al sistema del que provienen. En el modelo anglosajón a la que se adscribe el sistema de Puerto Rico, estas defensas se solicitan con la denominación de mociones que vamos a desarrollar y comparar con las del sistema romano germánico.

Veamos cómo las Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico establecen el momento y oportunidad y las causas para desestimar la acusación de la Fiscalía. Respecto a la oportunidad esta se encuentra establecida en la Regla 63.

> "**Regla 63. Defensas y objeciones; cuando se promoverán; renuncia. (34 L.P.R.A. Ap. II R 63)**
>
> Excepto las defensas de falta de jurisdicción del tribunal y la de que no se imputa delito, las cuales podrán presentarse en cualquier momento, cualquier defensa u objeción susceptible de ser determinada sin entrar en el caso en su fondo se deberá promover mediante moción presentada al hacerse alegación de no culpable o antes de alegar, pero el tribunal podrá permitir por causa justificada la presentación de dicha moción dentro de un periodo no mayor de veinte (20) días después del acto de lectura de la acusación en los casos en que deba celebrarse dicho acto. Cuando se hubiere entregado personalmente al acusado una copia de la acusación, el término para la presentación de esta moción será de no más de veinte (20) días desde que el acusado hubiese respondido. Cuando no hubiese contestado, el término será de no más de veinte (20) días después de que se registre la alegación de no culpable.
>
> La moción incluirá todas las defensas y objeciones de tal índole de que pueda disponer el acusado. La omisión de presentar cualquiera

de dichas defensas u objeciones en el término dispuesto constituirá una renuncia de la misma, pero el tribunal podrá eximir al acusado, por causa justificada, de los efectos de tal renuncia.

Una moción para desestimar basada en lo provisto en la Regla 64(n) (3) o (4) deberá presentarse antes de ser llamado el caso para juicio. (Enmendada en el 1988, ley 65)".

Las causales para presentar una moción para desestimar la acusación las hallamos en la regla 64.

a) Que la acusación o denuncia no imputa un delito. Esta sería un paralelo a la improcedencia de acción o naturaleza de acción como se le denomina en el Procedimiento de 1940.

b) Que el tribunal carece de jurisdicción para conocer del delito imputado. Esto sería una suerte de declinatoria de jurisdicción, que se expresaría en un órgano judicial incompetente, sea por razón de materia o grado.

c) Que la acusación o la denuncia no han sido debidamente firmadas o juradas. Se ataca la formalidad en la presentación de la denuncia, pues no hay la signatura de quien ha presentado la denuncia.

d) Que el tribunal ha ordenado la presentación de un pliego de especificaciones y no se han suplido las especificaciones ordenadas. También se solicita que se desestime la acusación pues el tribunal previamente ha ordenado corregir algunos aspectos de ella y el fiscal no ha cumplido con hacerlo, lo que constituye además un desacato a las facultades de los jueces.

e) Que el acusado ha sido convicto, o ha estado expuesto a serlo, o ha sido absuelto del delito que se le imputa. Si la moción para desestimar se basare en este fundamento, la misma expresará el nombre bajo el cual el acusado fue convicto, expuesto a convicción o absuelto, y la fecha, tribunal y lugar de convicción, exposición o absolución. La moción para desestimar podrá presentarse por cualquier acusado que hubiere sido absuelto por los méritos del caso, no obstante haber existido cualquier defecto en la acusación o denuncia. Esta causal es parecida al *ne bis in idem*, no puede ser acusado o perseguido simultáneamente.

f) Que la causa, o alguna controversia esencial de la misma, es cosa juzgada. Si la moción para desestimar se basare en este fundamento, la misma expresará el nombre del tribunal, el título del caso y la fecha

y lugar del fallo anterior. Igual que en el sistema romano, alguien sobre el que pesa una sentencia de condena o ha sido absuelto no puede volvérsele a procesar por lo mismo. De allí que la moción debe presentar los datos del caso que constituye *res iudicata*.

g) Que el acusado ha sido indultado del delito que se le imputa. Si la moción para desestimar se basare en este fundamento, la misma expresará el nombre bajo el cual se indultó al acusado, el nombre del Gobernador que lo indultó y la fecha del indulto. El indulto más conocido como derecho de gracia, es otorgado por el Poder Ejecutivo, de allí que en sistema de Puerto Rico se solicite los datos del Gobernador y la fecha. El indulto tiene los efectos de cosa juzgada.

h) Que al acusado se le ha concedido por ley inmunidad contra proceso por ese delito. Si la moción se basare en este fundamento, la misma expresará la ley y los hechos a base de los cuales se reclama la inmunidad. En el caso peruano lo similar pueden ser los efectos de la colaboración eficaz, cuando el imputado que ha dado información valiosa para capturar cabecillas o desarticular una organización criminal, se le otorga como premio ese beneficio de tal forma que no puede ser procesado por el mismo hecho.

i) Que el fiscal carecía de autoridad para presentar la acusación. Los escalones de una institución jerarquizada están claramente definidas de tal forma que las facultades para acusar esté asignada en razón de grado, materia, territorio, lo que puede si no se respeta esto que la acusación sea presentada por fiscal incompetente.

j) Que uno o más de los cargos de la acusación o la denuncia imputan más de un delito. Esto tiene que ver con la elaboración defectuosa de la acusación la que puede generar indefensión del acusado

k) Que existe una indebida acumulación de delitos. Las reglas procesales pueden permitir la acumulación de delitos, pero la misma puede en algún momento generar perjuicio en el juzgamiento. Pensemos en acumulación de delitos de distinta naturaleza, o conexión, que presumiblemente pueden existir elementos para acusar, sin embargo no calzan adecuadamente en una sola acusación.

l) Que existe una indebida acumulación de acusados. Lo mismo puede suceder cuando se acumulan en la acusación a varias personas, cuya conexión entre sí no permitan que se lleve a cabo adecuadamente un juzgamiento.

m) Que el delito ha prescrito. Esta causal es similar al del proceso peruano en el que la prescripción permite extinguir la acción penal.

La siguiente causal se trata de cuestionar la acusación porque no se ha presentado en el tiempo establecido por la ley y que se ha hecho afectando los derechos de la persona sometida a privación de su libertad.

n) Que existen una o varias de las siguientes circunstancias, a no ser que se demuestre justa causa para la demora o a menos que la demora para someter el caso a juicio se deba a la solicitud del acusado o a su consentimiento:

(1) Que el acusado estuvo detenido en la cárcel por un total de treinta (30) días después de su arresto sin que se hubiere presentado acusación o denuncia contra él, o que ha estado detenido por un total de quince (15) días sin que se hubiere presentado una acusación o denuncia contra él si se tratare de un caso en que un magistrado autorizó la radicación de estas de conformidad con lo dispuesto en la Regla 6(a).

(2) Que no se presentó acusación o denuncia contra el acusado dentro de los sesenta (60) días de su arresto o citación o dentro de los treinta (30) días si se tratare de un caso en que un magistrado autorizó la radicación de estas de conformidad con lo dispuesto en la Regla 6(a).

(3) Que el acusado estuvo detenido en la cárcel por un total de sesenta (60) días con posterioridad a la presentación de la acusación o denuncia sin ser sometido a juicio.

(4) Que el acusado no fue sometido a juicio dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la presentación de la acusación o denuncia.

(5) Que la persona estuvo detenida en la cárcel por un total de treinta (30) días después de su arresto sin que se le hubiere celebrado la vista preliminar en los casos en que deba celebrarse.

(6) Que no se celebró vista preliminar a la persona dentro de los sesenta (60) días de su arresto en los casos en que deba celebrarse.

ñ) Que no se ha notificado al acusado la lista de los nombres y direcciones de los testigos que El Pueblo se propone usar en el juicio. La acusación puede ser destinada en la medida que la Fiscalía, que representa

al pueblo, no ha indicado la lista de nombres y direcciones de testigos, por lo que esto es una afectación del derecho a la prueba.

o) Que de los hechos expresados en el pliego de especificaciones consta que el delito imputado en la acusación o denuncia no fue cometido, o que el acusado no lo cometió. Se desestimará la moción si el fiscal supliere otro pliego de especificaciones que obviare dichas objeciones. Si se infiere del relato de los hechos no existe delito o que el acusado no lo hizo, entonces es posible desestimar la acusación, porque no se puede avanzar si no hay transgresión de norma penal y el destinatario de la acusación es otra persona.

p) Que se ha presentado contra el acusado una acusación o denuncia, o algún cargo de las mismas, sin que se hubiere determinado causa probable por un magistrado u ordenado su detención para responder del delito, con arreglo a la ley y a derecho. La causa probable implica que se haya determinado que la acusación trae elementos de convicción suficientes para someterla a la actividad probatoria. Si los elementos de convicción son sumamente débiles no es posible atravesar la frontera que la convierta en un caso que pueda generar una sentencia de condena.

La oportunidad para presentar la moción para desestimar basada en lo regla 64 deberá presentarse, excepto por causa debidamente justificada y fundamentada, por lo menos veinte (20) días antes del juicio, para que la otra parte tenga el tiempo suficiente para argumentar contra ella. La regla 65 establece la forma, contenido de las mociones y los plazos para presentarlas:

> "Cualquier moción antes del juicio deberá presentarse por **escrito** y estar **firmada por el acusado o por su abogado**, pero el tribunal por causa justificada podrá permitir que se formule oralmente. Deberá exponer detalladamente los fundamentos de las defensas u objeciones a la acusación. El tribunal desestimará de plano sin necesidad de vista toda moción que no cumpla con los requisitos establecidos en esta regla.
>
> Las mociones, planteando defensas u objeciones a la acusación o denuncia, deberán presentarse en el Tribunal Superior dentro de los diez (10) días siguientes al acto de lectura de acusación en los casos en que deba celebrarse dicho acto. Cuando se hubiere entregado personalmente al acusado una copia de la acusación, el término para la presentación de estas mociones será de no más de veinte (20) días desde que el acusado hubiese respondido. Cuando no hubiese contestado, el término será de no más de veinte (20) días después de que se registre

> la alegación de no culpable. En el Tribunal de Distrito estas mociones se presentarán, excepto por causa debidamente justificada y fundamentada, por lo menos veinte (20) días antes del juicio. Estas mociones deberán notificarse al fiscal, simultáneamente, quien contestará dentro del término no mayor de veinte (20) días de haber sido notificado. El tribunal resolverá las mociones por lo menos veinte (20) días antes del juicio, salvo justa causa o a no ser que ordenare su posposición para ser consideradas en la vista del caso en su fondo. Todas las cuestiones de hecho o de derecho que surjan de dichas mociones deberán ser juzgadas por el tribunal (Enmendada en el 1988, ley 65)".

Los cuestionamientos a la acusación pueden ser levantados por la Fiscalía denegándose la moción y permitiendo el juez que continúe el trámite.

> "**Regla 66. MOCIONES ANTES DEL JUICIO; PROCEDIMIENTO SI EL DEFECTO ALEGADO NO IMPIDIERE TRÁMITES ULTERIORES. (34 L.P.R.A. Ap. II R 66)**
>
> Si la moción se basare en defectos de la acusación, denuncia o pliego de especificaciones que pudieren subsanarse mediante enmienda, el tribunal ordenará se haga la enmienda, y denegará la moción. Si el tribunal declarare con lugar una moción basada en defectos en la presentación o tramitación del proceso, o en la acusación o denuncia, podrá también ordenar que se mantenga al acusado bajo custodia, o que continúe bajo fianza por un término específico, sujeto a la presentación de una nueva acusación o denuncia. Nada de lo aquí expresado afectará las disposiciones sobre los términos de prescripción".

Los defectos observados por las mociones si son subsanadas o enmendadas. Si hay prisión del acusado y la acusación ha sido devuelta para que se modifique, el tribunal puede mantener la privación de libertad, o fijar fianza condicionado a la presentación de una nueva acusación. Lo que sí opera indefectiblemente como causa de extinción de la acción penal es la prescripción.

II. La cuestión previa

1. Generalidades

El CPPMI define el significado de la cuestión previa como medio de accionar contra la acción penal promovida por el Ministerio Público al no haber contemplado una condición de procedibilidad. La norma que vamos a citar del

CPPMI es para el caso de funcionarios aforados que tienen obstáculos legales previos como el desafuero:

> "**235. Privilegio constitucional**. Cuando la viabilidad de la persecución penal dependa de un procedimiento especial previo de desafuero o destitución previstos constitucionalmente, el tribunal competente, si considera fundada la persecución penal, solicitará el desafuero o la destitución del imputado a la autoridad correspondiente, con un informe de las razones que justifican el pedido, acompañando copia de las actuaciones correspondientes. En caso contrario, declarará que no puede proceder y archivará las actuaciones.
>
> El Ministerio Público deberá requerir la decisión del juez de la instrucción.
>
> Contra el titular del privilegio no se podrá realizar actos que impliquen una persecución personal hasta su desafuero, destitución o cesación en sus funciones. Solo se podrá practicar los actos urgentes de investigación que no admitan demora y los indispensables para fundar la petición. Culminada la investigación esencial se archivará las piezas de convicción, salvo que el procedimiento continúe con relación a otros imputados que no ostentan el privilegio.
>
> Rige esta disposición cuando se requiera la conformidad de un gobierno extranjero".

Si contra quien se dirige la persecución penal se realizan actos concretos de investigación sin desafuero, estas podrán ser paralizadas mediante una cuestión previa por falta del desafuero. Esto no es aplicable cuando se trata de actos urgentes que no admitan retraso porque perjudican la investigación, pero siempre en un plano de excepción.

El modelo procesal acusatorio del 2004 estima que la cuestión previa es un medio de defensa técnico que 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 (art. 4.1 del NCPP). Esto no genera cosa juzgada y pese a la anulación de lo actuado el Ministerio Público, si este satisface el requisito omitido, la Investigación Preparatoria podrá reiniciarse (art. 4.2). La Ejecutoria Suprema, R. N. N° 1638-2004[190], Abancay, establece cómo opera procesalmente

(190) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.

la cuestión previa señalando que según el artículo cuarto del Código de Procedimientos Penales, las cuestiones previas proceden cuando concurre un requisito de procedibilidad y pueden plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio, infiriéndose de su lectura que el requisito previo debe estar expresamente señalado en la ley penal o extrapenal".

No procede legalmente la cuestión previa en los delitos de abuso de autoridad, contrabando agravado y falsedad ideológica, previstos y sancionados por los artículos 376 y 428 del Código Penal, y los artículos 2 inciso a) y 7 inciso b) de la Ley N° 26461, abrogada, y que se repiten en la Ley Nº 28008, Ley de Delitos Aduaneros, porque no aparecen de sus textos ni en otra norma extrapenal la exigencia del cumplimiento de determinada formalidad para el inicio de la acción penal. Si se cumpliese con el requisito exigido por la ley, podrá reiniciarse como efecto la investigación preparatoria.

La cuestión previa no es un freno a la prosecución del proceso penal, sino al inicio de la acción penal, por ejemplo, se exige la existencia de un informe técnico de las áreas especializadas del Indecopi según el Decreto Legislativo N° 822, derechos de autor, el Decreto Legislativo N° 823 propiedad industrial respecto de los delitos que estan tipificados en los artículos 216 al 220, 222 al 225, 238, 239 y 240 del Código Penal. La Ley N° 26702 4.ª Disposición Final y Complementaria dice: "En toda denuncia de carácter penal que se interponga contra una empresa del Sistema Financiero y de Seguros o sus representantes (...), la autoridad que conozca de dicha denuncia deberá solicitar el informe técnico de la Superintendencia, tan pronto como llegue a su conocimiento la denuncia correspondiente, bajo responsabilidad".

2. El informe de la Unidad de Inteligencia Financiera en el delito de lavado de activos

El Acuerdo Plenario Nº 3-2010/CJ-116 que trató sobre la naturaleza del delito de lavado de activos se pronunció sobre la cuestión a si el informe de la UIF constituía un requisito de procedibilidad.

Adoptada en 1996 por el Grupo Egmont[191], se definió a la UIF como: "Organismo gubernamental nacional y central, competente para recibir (y solicitar cuando sea previsto), analizar y transmitir a las autoridades competentes

(191) El Grupo Egmont es un organismo internacional que agrupa a las Unidades de Inteligencia Financiera (UIFs), creando una red internacional para intercambiar información, conocimientos y tecnología para luchar contra el lavado de activos y financiación del terrorismo. El Grupo Egmont comenzó como un foro en el año 1995, que se reunió en el Palacio Egmont-Arenberg, en Bruselas, donde se realizó el primer encuentro. De allí viene su nombre.

las revelaciones de informaciones financieras: i) Relativas a productos de origen presuntamente criminal, o ii) Requeridas por la legislación o reglamentación nacional"[192].

La función de la UIF que se encuentra funcionalmente bajo la Superintendencia de Banca y Seguros, es la encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo; y además de coadyuvar a la implementación por parte de los Sujetos Obligados del sistema para detectar operaciones sospechosas.

Si bien el rol de la UIF es importante para el combate del delito de lavado de activos; el Acuerdo Plenario ha fijado como regla, que el informe de la UIF no es un requisito de procedibilidad, y en consecuencia debe valorarse como una pericia institucional. Esto permite inferir que el Ministerio Público con el auxilio especializado de la PNP puede presentar un caso de lavado de activos ante el Poder Judicial sin necesidad de un informe de la UIF. No procedería una cuestión previa toda vez que no existe una ley que establezca expresamente la existencia del informe de la UIF como requisito para ejercitar la acción penal.

III. Cuestión prejudicial

Para Oré Guardia la prejudicialidad es una circunstancia que se produce por la relación de conexión entre las diversas ramas del Derecho y la especialización de los órganos de jurisdicción que se impone por razones de seguridad jurídica para que sea solo un órgano el que decida sobre el tema de su especialidad, y no órgano distintos que pueden llegar a conclusiones contradictorias[193]. Esta circunstancia es la declaración sobre un hecho que va a tener repercusión en el proceso penal.

El Código Procesal Penal de Italia en su artículo 3[194], respecto a la cuestión prejudicial, señala que:

(192) En el Perú fue creada por Ley N° 27693 del 12 de abril de 2002 y modificada por Leyes N° 28009, N° 28306 y N° 29038.

(193) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Primera reimpresión, Editorial Reforma, Lima, 2013, p. 353.

(194) Art. 3. Questioni pregiudiziali

1. Quando la decisione dipende dalla risoluzione di una controversia sullo stato di famiglia o di cittadinanza, il giudice, se la questione e' seria e se l'azione a norma delle leggi civili e' gia' in

"Cuestiones prejudiciales

1. Cuando la decisión depende de la resolución de una situación familiar de disputa o la ciudadanía, el juez, si el asunto es grave y si la acción de acuerdo con las leyes civiles ya está en curso, puede "suspender el proceso a la espera de la sentencia final que define el tema.

2. La suspensión puede ser recurrida en casación. El tribunal decide en sesión cerrada.

3. La suspensión del proceso no impide la adopción de medidas urgentes.

4. La sentencia definitiva del tribunal civil ha decidido que una controversia sobre el estado civil o la ciudadanía tiene fuerza de cosa juzgada en el proceso penal".

La lógica empleada por el legislador italiano en cuanto a la prejudicialidad es que un órgano jurisdiccional externo resuelta una controversia sobre el estado familiar o de ciudadanía, la que adquirirá cosa juzgada y repercutirá en el proceso penal, en el que no podría discutirse lo mismo.

El Código Procesal Penal de Costa Rica dice sobre la cuestión de prejudicialidad (art. 21) que cuando lo que deba resolverse en un proceso penal dependa de la solución de otro procedimiento según la ley y no corresponda acumularlos, el ejercicio de la acción se suspenderá después de la investigación preparatoria hasta que, en el segundo procedimiento, se dicte resolución final.

El CPPMI dice sobre este medio de defensa lo siguiente:

> "**233. Cuestión prejudicial**. Si la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual, según la ley, debe ser resuelta en un proceso independiente, este deberá ser promovido y proseguido por el Ministerio Público con citación de todos los interesados, siempre que la ley que regula la cuestión lo permita.

corso, puo' sospendere il processo fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce la questione.

2. La sospensione e' disposta con ordinanza soggetta a ricorso per cassazione. La corte decide in camera di consiglio.

3. La sospensione del processo non impedisce il compimento degli atti urgenti.

4. La sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza ha efficacia di giudicato nel procedimento penale.

Cuando el Ministerio Público no esté legitimado para provocar la decisión final sobre la cuestión por el juez competente, anoticiará sobre la existencia de la cuestión prejudicial a la persona legitimada y le requerirá, a su vez, noticias sobre la promoción del proceso y su desarrollo.

234. Planteo de la cuestión y efectos. La cuestión prejudicial podrá ser deducida por cualquiera de los intervinientes ante el tribunal que conozca, por escrito fundado y oralmente durante el debate. Durante el procedimiento preparatorio a cargo de Ministerio Público se deducirá ante el juez de la instrucción.

El juez dictará resolución y, si acepta como seria, fundada y verosímil la existencia de la cuestión prejudicial, el procedimiento se suspenderá hasta que ella sea resuelta por el juez competente, sin perjuicio de los actos urgentes de investigación que no admitan demora. Cuando el imputado estuviere detenido, se ordenará su libertad.

Si el tribunal rechaza la cuestión mandará seguir el procedimiento".

Las cuestiones prejudiciales, están reguladas por el artículo cuatro del Código de Procedimientos Penales, y proceden cuando deba establecerse, en otra vía, el carácter delictuoso del hecho imputado. El supuesto de otra vía alude a sede jurisdiccional que no sea la penal. En una interpretación literal parece que la norma dijera que otro procedimiento no penal calificará como hecho delictuoso, pero ese no es el sentido de la prejudicialidad, pues entenderlo asi implicaría que un órgano judicial no administrativo estaría usurpando funciones. La Corte Suprema en la Ejecutoria N° 2066-23 citada por Pablo Sánchez Velarde. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa, Lima, 2004, pág. 344 dice que la vía administrativa no califica si un hecho es delito y carece de facultad coercitiva, pues estas funciones son competencia exclusiva del órgano jurisdiccional (…)". Esta orientación jurisprudencial es la más adecuada para interpretar la prejudicialidad. No corresponde que otro órgano jurisdiccional no penal señale que el hecho es delictuoso, pues no es de su competencia. Prejudicialmente puede existir un pronunciamiento sobre un hecho que tenga efectos en el proceso penal para construir el objeto de imputación. Además estimamos que es el Ministerio Público el llamado a calificar si un hecho es o no delictivo, inicialmente y luego es el juez quien puede pronunciarse en sentencia o en incidencia de improcedencia de la acción penal. En esta línea la ejecutoria Suprema R.N. N° 3682-2002, del 13 de enero de 2004, la Libertad, señala que respecto al delito de peculado no procede una cuestión prejudicial, porque no es necesario establecer en vía extrapenal si es delito o no, puesto que no importa la cuantía de los bienes públicos apropiados o utilizados ilícitamente.

En el NCPP la cuestión prejudicial se puede invocar cuando se deba obtener **una declaración vinculada** al carácter delictuoso del hecho incriminado (art. 5.1 del NCPP) y el fiscal persiste en continuar la investigación preparatoria. Aquí la redacción es mejor a la del Código de Procedimientos Penales pues lo que se busca en órgano distinto es una declaración sobre un hecho que esté conectada al hecho delictuoso.

Si el juez declara fundada la cuestión prejudicial, la Investigación preparatoria se suspenderá hasta que en la otra vía recaiga una resolución firme. Esta decisión beneficia a los demás imputados que estén en la misma situación jurídica. Otro efecto de la suspensión es que el plazo de prescripción también se suspende.

El artículo 5 del NCPP trae una novedad que si el juez considera que debe definirse en proceso extrapenal una controversia que tendrá incidencia y no se haya promovido por persona legitimada, le notificará para que esta lo haga dentro del plazo de treinta días que se computa desde el momento que haya quedado firme la resolución suspensiva.

Si la parte legitimada y emplazada no cumple con generar un proceso distinto al penal, el Fiscal Provincial en lo Civil, siempre que sea un delito de persecución pública, deberá promoverlo con citación de las partes interesadas. El fiscal está autorizado para intervenir y continuar el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si este no lo prosigue.

De lo que se resuelva en vía extrapenal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 5.4, NCPP).

En la doctrina procesal se denominan cuestiones **no devolutivas** cuando las cuestiones surgen en el proceso y la resolución le corresponde al propio órgano jurisdiccional.

Las devolutivas son las cuestiones resueltas por órgano extrapenal y suspende el proceso. La orientación seguida por el modelo procesal peruano es la devolutiva y que ratificadas por la jurisprudencia tanto para el procedimiento de 1940[(195)] como en el NCPP en la Casación N° 11-2011-Huaura del 9 de noviembre de 2011 que dice en su sexto considerando:

(195) R. N. N° 2644-2004 "(…) las cuestiones prejudiciales proceden cuando deba establecerse en otra vía el carácter delictuoso del hecho imputado, por ser un medio de defensa técnica que se sustenta en la necesidad de una declaración extrapenal como antecedente necesario para la continuación del proceso; lo que implica una relación lógico-jurídica entre la declaración extrapenal que se requiere y uno de los elementos de la imputación".

> "La cuestión prejudicial es un medio técnico de defensa que resulta operante cuando fuera necesaria una declaración en vía extrapenal acerca del carácter delictuoso del hecho incriminado, lo que supone que el factum denunciado se encuentre vinculado a cuestiones de carácter civil o administrativo que previamente deban ser resueltos para la continuación del proceso judicial penal. En el presente caso los cargos efectuados por el representante del Ministerio Público se refieren a los delitos de "cohecho pasivo propio, usurpación de funciones y expedición de certificados médicos falsos", relacionados con la expedición de Certificado médico supuestamente falso, hecho atribuido a los imputados quienes según la tesis incriminatoria expidieron el certificado médico de invalidez de fecha ocho de enero de dos mil cinco, en el contexto delictual ya enunciado con la finalidad de favorecer a Carlos (…), además de haber emitido el certificado médico sin que hubiesen sido designados de manera oficial para tal cometido, hipótesis que no se vinculan a ningún tipo de condicionamiento extrapenal para la configuración típica de los indicados ilícitos".

En una suerte de cuestión prejudicial no penal, tenemos que si en el proceso extrapenal aparecen indicios de comisión de un delito de persecución pública, el juez de oficio o a pedido de parte comunicará de estos hechos al Ministerio Público. Además señala que si el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria, lo comunicará al juez extrapenal, quien suspenderá el proceso, siempre que considere que la sentencia penal puede influir en la resolución que le corresponde dictar (art. 10.2 del NCPP). Según la redacción de la norma procesal penal no implica la suspensión obligatoria del proceso extra penal. El juez de dicho proceso tendrá que evaluar si el pronunciamiento penal va a tener consecuencias en el que se encuentra tramitando y decidirá si suspende o no el procedimiento, vía una prejudicialidad devolutiva.

IV. Las excepciones

1. Concepto

Las excepciones son medios de defensa técnicos que se presentan ante la ausencia de un presupuesto procesal que impide dictar un pronunciamiento de fondo. En este caso, estamos ante las excepciones perentorias, porque finalizan el proceso.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica dice sobre estos medios de defensa que durante el procedimiento preparatorio, ante el juez de la

instrucción, y en los demás periodos del procedimiento, ante el tribunal competente según las oportunidades previstas, los intervinientes podrán oponerse a la persecución penal que es lo que se incide en el proceso penal peruano, y en la acción civil (art. 236.) Los motivos o las razones para oponerse a la acción son:

1) Incompetencia del órgano jurisdiccional.

2) Falta de acción, porque no se pudo promover, o no se promovió conforme a la ley o no pudiere proseguir, como la prescripción.

3) Extinción de la persecución penal o de la pretensión civil. Si es que, por ejemplo, ya se emitió pronunciamiento anterior y tiene la calidad de cosa juzgada.

El art. 236 del CPPMI señala que el juez de la instrucción o el tribunal competente podrán asumir de oficio la solución de las excepciones como en el procedimiento peruano de 1940, siempre que la cuestión, por su naturaleza, no requiera la instancia del legitimado a promoverla.

Se ha previsto la formación de un incidente sobre la presentación de la excepción por la parte legitimada (art. 237). En la petición de parte por escrito deberá ofrecer toda la prueba de los hechos afirmados y acompañar la documentación que tenga. El escrito se dará a conocer a los demás intervinientes, quienes tienen derecho a contestar adjuntando pruebas si así lo estiman. El juez realizará una audiencia para actuar las pruebas y dictar al finalizar la resolución respectiva. Si es de puro derecho, la excepción no será necesaria la audiencia para resolver.

El Código Procesal Penal de Chile reconoce las excepciones de previo y especial pronunciamiento y las excepciones en juicio oral.

Las excepciones de previo y especial pronunciamiento, son las siguientes conforme el artículo 264:

a) Incompetencia del juez de garantía.

b) Litispendencia.

c) Cosa juzgada.

d) Falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren.

d) Extinción de la responsabilidad penal.

Una vez planteadas las excepciones el juez abrirá debate y permitirá durante la audiencia la presentación de los antecedentes que estimare relevantes para la decisión de las excepciones planteadas. El juez debe decidir de inmediato las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente. La resolución será apelable (art. 271).

Las excepciones de cosa juzgada y la de Falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren.

Estas pueden ser planteadas y resueltas en el juzgamiento (art. 265). El juez si las acoge puede decretar el sobreseimiento definitivo, siempre que el fundamento de la decisión se encontrare suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación. Si no fuese así, dejará la resolución de la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral, siendo la decisión inapelable.

El Código Procesal Penal de Costa Rica faculta a que el Ministerio Público y las partes opongan excepciones, siendo estos los motivos:

a) Falta de jurisdicción o competencia.

b) Falta de acción, porque esta no pudo promoverse, no fue iniciada legalmente o no puede proseguirse.

c) Extinción de la acción penal (art. 42).

Si bien las partes pueden deducir las excepciones, en el sistema costarricense también puede resolverse de oficio.

Con relación al trámite las excepciones se deducirán oralmente en las audiencias. Deberá ofrecerse la prueba que justifica los hechos en que se basan. Se dará traslado de la gestión a la parte contraria. El tribunal admitirá la prueba pertinente y resolverá, sin dilación, lo que corresponda (art. 43).

En el modelo procesal peruano del 2004 tenemos que las excepciones pueden ser dilatorias que condicionan el avance del proceso por incumplimiento de alguna condición, y cancelatorias de la acción penal. Estas se encuentran previstas en el artículo 6 del NCPP y son:

a) Naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley.

b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

c) Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona.

d) Amnistía.

e) Prescripción**.**

Las excepciones fundadas tienen distintos efectos. Si se funda la excepción de naturaleza de juicio, el proceso se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva; en cambio, en las demás, el efecto es que el proceso será sobreseído definitivamente (art. 6.2 del NCPP).

V. Excepción de naturaleza de juicio

Esta excepción dilatoria se puede deducir cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley. En el Código de Procedimientos Penales básicamente tenemos dos, el Sumario del Dec. Leg. Nº 124 y el Ordinario, y las causas tramitadas en cada uno está establecida por ley y que ha hecho una división entre delitos graves y menos graves. Un caso de hurto simple no puede ser tramitado como ordinario(196) y el de Trafico de Drogas Agravado como Juicio Sumario. De allí que se presente esta excepción. Este es una excepción que analiza aspectos formales de allí que en el R. N. N° 4118-2004, Lima, 23 de junio de 2005 se dice que la excepción de naturaleza de juicio procede cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta de la estipulada en el dispositivo legal –no analiza el aspecto sustantivo de la imputación puesta en sede judicial–, pues se limita a regularizar –de ser el caso– la vía procedimental.

Además existe el Recurso de Nulidad Nº 4003-2013 del 27 de enero de 2015 de carácter vinculante y aplicable al tema y que pasamos a comentar. En el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, esta alegó vulneración a la debida motivación y al debido proceso al considerar que no debió variarse la vía procedimental del proceso ordinario al sumario, pues ya existía dictamen acusatorio y el juicio oral se instaló, habiéndose podido proseguir el acto oral.

El caso era originalmente de delitos acumulados, el de asociación ilícita para delinquir y estafa. El trámite del delito de estafa es sumario mientras que el de asociación ilícita es ordinario. Ya en instancia superior el fiscal había acusado por ambos delitos y la sala luego de emitir el auto superior de

(196) En el supuesto de acumulación de delitos graves y leves el R.N. N° 2196 -2003, 10 de junio de 2004 ha señalado que conforme al Dec. Leg. Nº 124 en los casos de concurso de delitos, alguno de los cuales sea más grave que los comprendidos en dicha norma, el procedimiento seguirá por los trámites del proceso ordinario previstos en el Código de Procedimientos Penales.

enjuiciamiento declaró fundada una excepción de cosa juzgada y naturaleza de acción respecto del delito de Asociación Ilícita, y de oficio por mayoría la excepción de naturaleza de juicio, pues al haberse extinguido la acción por el delito de asociación ilícita de trámite ordinario, había quedado solo estafa que es sumario por lo que la sala superior "adecuó" el trámite al proceso sumario, declaró nulo el auto superior de enjuiciamiento e insubsistente el dictamen acusatorio, y dispusieron remitir lo actuado al Juzgado Penal de origen para que prosiga con el trámite.

Este extremo fue impugnado por la parte civil y ha sido materia de pronunciamiento de la Sala Suprema resumiendo la controversia en que si bien el delito de estafa es sumario se debió tramitar en esa vía o continuar por el ordinario pese a haberse declarado extinta la acción respecto de asociación ilícita para delinquir. Nuestra opinión es bastante clara respecto a esto, por un asunto de unidad de proceso, celeridad, tutela judicial, el trámite debió continuar como ordinario. Veamos cómo razonó la Corte Suprema.

En el Quinto considerando consideró que la Sala Superior Penal debió proseguir con el trámite al haber quedado subsistente el delito de estafa, pues si bien dicho delito corresponde ser tramitado en vía sumaria como lo dispone el Dec. Leg. Nº 124 sin embargo, el a quem –y en general los operadores de justicia– no debe ser puramente formalista, sino efectuar un juicio de ponderación frente a las situaciones que se presentan en el proceso a favor de los justiciables pues ellos buscan que sus pretensiones sean resueltas de una manera rápida y eficaz y se refleje en un fallo. La Sala Superior debió tener en cuenta los principios de celeridad, economía procesal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a la tutela judicial efectiva que constituye el derecho de acceder al sistema judicial, precisando que esta solicitud de acceso a la justicia debe ser resuelta de manera rápida y oportuna.

En el sexto considerando señaló el Tribunal Supremo que la Sala Superior Penal debió considerar que al emitir su resolución declarando fundada las excepciones de naturaleza de acción y cosa juzgada por el delito de asociación ilícita para delinquir, subsistía aún la acusación contra otros encausados como coautores del delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, y por eso debió llevar a cabo el juicio oral, y no declarar insubsistente la acusación, tanto más, si proseguir con el proceso no implicaba afectar o vulnerar derecho alguno a los encausados, menos aún, a las demás partes procesales, por el contrario, el proceso penal ordinario resulta más garantista porque el someterse a un juicio oral implica desarrollar los principios rectores del proceso, como inmediación, oralidad, publicidad y contradictorio. La Sala Superior debió interpretar la segunda disposición transitoria del Dec. Leg. Nº 124 que establece:

"las instrucciones que se encuentren en los Tribunales Correccionales con audiencia iniciadas o pendientes de realizarse y las que tengan dictamen fiscal, continuarán el trámite procesal con el que se iniciaron": evidenciándose que el sentido de la norma está orientado a no dilatar el proceso y que se culmine en un plazo razonable.

En el séptimo considerando se dice que la Sala Superior Penal al disponer la adecuación del proceso al trámite sumario lo único que originó fue retardar el trámite del proceso, y ordenó el Supremo Tribunal que se lleve a cabo el juicio oral por delito de estafa, teniendo en cuenta los plazos procesales a efectos de evitar la prescripción de la acción penal.

Podemos concluir que la excepción de naturaleza de juicio en situaciones razonables, debe procederse a fundarla si es que los procesos son incompatibles. En el NCPP esto sí puede funcionar mejor porque no se podría llevar a cabo un proceso inmediato cuando lo que corresponde es el proceso común o de seguridad. En el procedimiento de 1940 esto es más flexible pues aquí la sustanciación del delito de estafa en trámite ordinario no llegó bajo error o equivocación de jueces y fiscales, sino que fue producto del inicio de delitos acumulados, y la opción de la Sala de extinguir el de asociación ilícita era legal, y por el delito restante no había nada que hacer. El delito por estafa ya estaba en juicio con acusación por lo que era un absurdo "adecuar". Recordemos que cuando la Corte Suprema dispuso que se recondujera el delito de Violación Sexual de Menor 173 inciso 3 al delito descrito en el artículo 170 del Código Penal, cuando ya estaba en acusación y la Fiscalía Superior recalificaba hubo la tentación de algunos tribunales de igualmente "adecuar" el tramite al sumario, ya que el delito de violación descrito en el artículo 170 sigue esa vía, e igualmente nos pareció un absurdo pues atentaba contra el derecho al plazo razonable, la celeridad y la tutela judicial efectiva.

VI. Excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de acción

Este es uno de los medios más recurridos por la defensa y a veces se realiza sin tener claridad del objeto. Son dos los motivos para poder deducir esta excepción: la primera es solicitar que se funde por falta de un elemento descriptivo o normativo del tipo penal; la segunda, cuando el delito no es justiciable penalmente, esto es, siendo la conducta típica, sin embargo concurre una causa de justificación; o una excusa absolutoria que los exime de pena. Esta orientación seguirá por la Ejecutoria Suprema, R. N. N° 2966-2003-Cusco, del 1 de junio de 2004.

Existen casos en que, pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el Derecho Penal niega la aplicación de la pena, como ocurre cuando no se dan las condiciones objetivas de punibilidad[197] requerida por el tipo o cuando media una excusa absolutoria en que se considera que, consagrando la impunidad, se pueden preservar intereses que son prevalecientes con respecto a los que representa el *ius puniendi* o cuando el delito se plantea como imperseguible por defecto o falta de acción procesal.

Las excusas absolutorias si están acreditadas determinan que el delito, aun existiendo, no es perseguible procesalmente. Un ejemplo es el artículo 208 del Código Penal que establece que quedarán exentos de prueba y no son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.

2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

El artículo 368 del Código Penal reprime a quien desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, **salvo que se trate de la propia detención.**

El artículo 406 también fija una excusa absolutoria cuando señala que están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404 y 405 (encubrimiento personal y real) si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

El artículo 134 del Código Penal regula esta figura legal, siempre dentro de los siguientes casos:

1. Cuando el ofendido es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas, que se le hubiesen atribuido, se refieren al ejercicio de sus funciones.

2. Cuando el agente ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.

(197) Una manifestación de estas condiciones son el perjuicio causado por el delito.

1. Condiciones objetivas de punibilidad

Estas condiciones son circunstancias que se sitúan fuera del tipo del injusto y de la culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y la posibilidad de participación. La finalidad del uso de las condiciones objetivas tiene que ver con la política criminal, puesto que el tratamiento de ciertos elementos como condiciones meramente de punibilidad, se fundamenta casi siempre en que ya el comportamiento del autor es de por sí merecedor de pena; pero solo cuando se añade la materialización del resultado, está también necesitado de castigo.

Conductas antijurídicas civiles no tienen relevancia penal, son atípicas por lo que la jurisprudencia suprema se ha pronunciado (Ejecutoria Suprema, Exp. Nº 166-87, Piura, 19 de febrero del 1987) en un caso de certificados de moneda extranjera que fueron entregados a sabiendas de que servirían para efectuar una operación bancaria referida a la importación de libros, por lo que se autorizaba el uso de dichos certificados. En este caso se estimó que era de aplicación el artículo 1829 del Código Civil que determina la conversión del depósito en mutuo y por ende es una deuda de carácter civil, y además se aplica el artículo 2 inciso 20 párrafos "d" de la Constitución, que expresamente determina que no hay prisión por deudas. Observamos que la conducta atribuida no encuadra en el tipo penal, es decir, faltan elementos del tipo, lo que permite concluir que es atípica y en consecuencia la persona no puede ser sujeta a un procesamiento penal.

Desde la prueba se tiene que no puede alegarse como sustento de la excepción la falta de un medio de prueba tal como lo ha establecido la Ejecutoria Suprema, Exp. Nº 908-87, Puno, Lima del 2 de octubre de 1987, pues esto ya es entrar a un tema de fondo.

Es posible fundar la excepción por falta de un elemento descriptivo del tipo penal, y para esto tenemos la ejecutoria suprema, Exp. Nº 298-89, Lima, del 6 de julio de 1989 que reproduce la opinión fiscal fundando la excepción con el argumento de que el hecho de poseer clorhidrato de xilocaína no es delito de tráfico ilícito de drogas, pues la sustancia constituye un anestésico local que no produce dependencia ni síndrome de abstinencia; es más en el Decreto Ley Nº 22095 y Decreto Supremo Nº 059-82-EFC esta sustancia no está sometida a fiscalización por no constituir producto o insumo químico que puede servir para la elaboración de drogas. La conducta aquí es claramente atípica, pues la presencia de drogas ilegales es la base para que se pueda configurar el tipo penal.

Por otro lado tenemos que fundar una excepción de improcedencia de acción a uno de los autores, si hay conexidad con el hecho atípico se tiene que

extender a todos, pues no hacerlo sería caer en una afectación al derecho a la igualdad. En el Exp. N° 2006-00686, Sala de Apelaciones de Huaura, 13-04-2007, aplicando esa regla se dispuso ampliar los efectos de la excepción a otros imputados(198).

VII. Excepción de cosa juzgada

El artículo 139 inciso 13 de la Constitución de 1993 consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada que es una garantía y fundamento de la seguridad jurídica.

En la STC Exp. N° 00574-2011-PA/TC del 30 de mayo de 2011 se desarrolla la institución de la cosa juzgada que es una garantía fundamental que limita el ejercicio de la función jurisdiccional. Estos son los fundamentos:

8. "Una de las garantías de la impartición de justicia consagrada por la Constitución es la inmutabilidad de la cosa juzgada. Al respecto, la Constitución, en su artículo 139, inciso 2), establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

En este considerando el TC ratifica uno de las características de la cosa juzgada y es la inmutabilidad, y que nadie puede dejar sin efecto resoluciones que son cosa juzgada. La Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 4 dice que no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido (…)". Dada la importancia de esta garantía han existido casos de destituciones de jueces que no han respetado esta institución que es pilar de la seguridad jurídica.

4. "El Tribunal, al dotar de contenido a dicho atributo, ha sostenido que mediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial **no puedan ser recurridas** mediante nuevos

(198) ESPINOZA GOYENA, Julio César. *Nueva Jurisprudencia. Nuevo Código Procesal Penal*. Reforma, Lima, 2009, p. 69.

medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, **no pueda ser dejado sin efecto ni modificado**, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" (Cfr. Exp. Nº 4587-2004-AA/TC, fundamento 38).

"(…) el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139, inc. 3, Const.) garantiza (…) que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que detentan la calidad de cosa juzgada (art. 139, inc. 2, Const.)". (Cfr. Exp. Nº 1569-2006-AA/TC, fundamento 4)".

Los efectos de la cosa juzgada garantizan que esta no pueda ser recurrida, si es que ya se agotaron todos los recursos que el sistema de recursos permite. Si esto no fuera así el conflicto perduraría en el tiempo, no habría seguridad en la misma. Se han visto casos en que frente a sentencias confirmadas en Sala Superior o la Corte Suprema las defensas se inventan recursos como nulidades, y son rechazadas y comienza una carrera interminable de objeciones perturbando la ejecución de lo que constituye la cosa juzgada, por lo que los jueces deben rechazar de plano estos.

5. "De acuerdo con lo señalado este principio de cosa juzgada que rige la función jurisdiccional le otorga al fallo judicial la calidad de indiscutible –ya que constituye decisión final–, a la par que garantiza al justiciable la certeza de que su contenido permanecerá inalterable, independientemente de si el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción.

   En tales circunstancias lo que corresponde al órgano jurisdiccional es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tenga que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento".

La inmutabilidad de la cosa juzgada, la que no puede ser removida salvo las excepciones establecidas por ley como la nulidad de cosa juzgada fraudulenta o las acciones de amparo, presentadas dentro de los plazos, pues de lo contrario estas acciones resultan inoperantes. Así se señala en el sexto considerando de la sentencia comentada:

6. "Por ello al igual que en anterior oportunidad se reitera que (Exp. Nº 1279-2003-HC/TC, Caso Navarrete Santillán): "[l]o establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso, debe ser respetado, y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas".

   Así el derecho a la cosa juzgada guarda íntima relación con la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, ambos atributos consagrados expresamente y de manera autónoma en el artículo 139.2 de la Constitución".

No solo es la firmeza de la sentencia, sino su inmutabilidad lo que permite la ejecución en los términos que se ha dictado.

La doctrina distingue entre la Cosa juzgada formal y la Cosa Juzgada material de la siguiente forma:

- El concepto de firmeza abarca efectos de la sentencia: firmeza formal que significa, que el proceso no puede continuarse con recursos pues no se puede impugnar y, la ejecución de la sentencia penal presupone la firmeza formal.

- La firmeza material se refiere a los efectos, en cuanto al contenido de la decisión: si se ha decidido con sentencia firme acerca del objeto del proceso, la pretensión penal está "agotada". Ya no se puede promover una nueva acción sobre el mismo objeto: *ne bis in idem*[199]. En este caso hay un pronunciamiento de fondo, distinto a las sentencias que concluyen por la declaración de improcedencia por falta de presupuestos procesales.

En la jurisprudencia suprema existe una cantidad de sentencias que han fijado orientaciones o tendencias respecto de la cosa juzgada. En el RN. N° 1612-2003, Lima, 25 de agosto de 2003 fija los presupuestos de la excepción de cosa juzgada para fundarla como a) cumplimiento del requisito de identidad de persona

(199) BAUMAN, Jürgen. Ob. cit., p. 286.

perseguida, que recae en el acusado b) el evento criminoso es el mismo que se está investigando judicialmente (identidad de objeto); y, c) preexiste una resolución judicial firme que se dictó precisamente sobre el fondo del asunto (identidad de causa de pedir). Esta orientación es seguida en el R.N. N° 660-2003, Junín, del 24 de mayo de 2004, R. N. N° 4485-2001, Lima, del 13 de octubre de 2003.

La garantía de la cosa juzgada evita nuevamente un proceso por los mismos hechos, el mismo sujeto y el mismo fundamento jurídico, y la forma de atacar la acción penal es invocar estas causas con la excepción respectiva. Si se declara fundada el proceso debe ser archivado.

VIII. Excepción de amnistía

La amnistía etimológicamente proviene de un vocablo griego que significa olvido, olvido de lo pasado y es aplicable como institución en casos excepcionales de comisión de determinados delitos. La extiende el velo del olvido sobre lo ocurrido o, borra la existencia del delito y de sus consecuencias(200).

León Duguit decía que la amnistía tiene por efecto el considerar retroactivamente como no punible un hecho previsto y castigado por la ley penal"(201). De aquí inferimos que el amnistiado para el sistema jurídico es un exdelincuente a quien se le ha otorgado este beneficio que tiene la calidad de cosa juzgada, o es aplicable a quienes se encuentran procesados y que tienen a su favor la presunción de inocencia.

El distinguido jurista Javier Valle Riestra, haciendo la distinción del indulto con la amnistía, dice que "(…) esta es el olvido del delito, y el indulto el perdón de la pena impuesta por él. (…) la amnistía tiene lugar, por lo común, en los delitos políticos; y el indulto, en los demás delitos. Según nuestro sistema político, los jueces y magistrados deben ceñirse estrictamente a lo dispuesto por las leyes, y los funcionarios del Poder Ejecutivo están obligados a hacer cumplir lo resuelto por los tribunales; ningún individuo de estos poderes tiene facultad para conceder indultos. El indulto es una dispensa de la ley; y por consiguiente solo puede concederse por el que tiene facultad de ampliar, restringir, o modificar las leyes. Por esto la concesión de amnistía e indultos

(200) SALGADO PESANTES, Hernán. *Revista Jurídica de Derecho*. Universidad Católica de Santiago. Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1990/02/2_La_Amnistia_Y_Su_Doctrina.pdf>, p. 1 [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2014].

(201) Citado por Salgado del *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª edición, Francisco Beltrán Editor, Madrid, 1926, p. 110.

era una atribución exclusiva del Congreso. Hoy el indulto es potestad del Poder Ejecutivo, mientras que la amnistía lo es del Legislativo[202]. Se ha dividido constitucionalmente estas facultades entre el ejecutivo y el legislativo.

En el indulto se toma en cuenta a la persona del delincuente y donde juega sobre todo un sentimiento humanitario, de clemencia o de equidad, para con los infractores penales, como fue el caso de la petición de indulto del expresidente Alberto Fujimori que alegaron razones de salud los peticionantes. En la amnistía se mira más al tipo de delito que a sus infractores y se tiene por punto de partida el clima político-social que vive el Estado: de agitación interna, de enfrentamientos y conflictos sociales, de una seria alteración del orden constituido. En estas graves circunstancias descansan los motivos que impulsan al Poder Público a recurrir a la amnistía; pues, se considera que la conmoción social existente amerita su pacificación por tal vía[203]. Estos elementos fueron tomados en cuenta cuando se dio la amnistía a quienes habían participado en Locumba entre ellos al actual Jefe de Estado.

Uno de los caracteres de la amnistía como lo ha anotado Valle Riestra está el de tener un carácter general, a diferencia del indulto que es un acto individual, particular. El carácter general le da un alcance amplio que permite beneficiar indistintamente a todos los implicados en un hecho delictivo, sin tomar en cuenta sus nombres o sus calidades; no se podía beneficiar a unos sin considerar también a los demás implicados en aquel hecho que se amnistía[204]. No se podría dar solo a unos y no a todos los involucrados en el delito olvidado, pues se atentaría contra la regla de igualdad.

La amnistía como olvido del delito es una prerrogativa del congreso de la República como lo establece el artículo 102.6 de la Constitución. La amnistía si es dictada por el parlamento, según el artículo 139, incisos 13, produce el efecto de cosa juzgada. El artículo 78.1 del Código Penal establece como causal de extinción de la acción penal la amnistía.

En el 2001 luego del fin del régimen del expresidente Alberto Fujimori se dictó la Ley N° 27534 del 19 de octubre de 2001 que concedió amnistía general a los defensores del Estado de Derecho, léase los que habían estado en contra del gobierno de la época.

(202) VALLE RIESTRA, Javier. *Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable*. Revista *Jus Constitucional* 5. Lima, 2008, p. 8.
(203) SALGADO PESANTES, Hernán. Ob. cit. Véase: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1990/02/2_La_Amnistia_Y_Su_Doctrina.pdf>, p. 3 [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2014].
(204) Ídem.

Los articulos 1 y 2 fijaron los destinatarios de la amnistía así:

"**Artículo I. Amnistía General a los miembros de la sociedad civil**

Concédese Amnistía General a quienes por colaborar con el restablecimiento de la democracia y el orden constitucional han sido denunciados, condenados o están siendo procesados en los fueros común o privativo en razón de los siguientes hechos:

a. Por haber participado en actos de protesta cívica en defensa de la restitución del Estado de Derecho y las libertades democráticas, entendiéndose por tales cualquier manifestación pública de disentimiento con la autocracia, desde el 5 de abril de 1992 hasta el 22 de noviembre de 2000.

b. Por haber obtenido o participado en la obtención de pruebas condenatorias de actos de corrupción, delitos contra la administración pública u otros ilícitos penales desde el 5 de abril de 1992 hasta el 22 de noviembre de 2000.

c. Por haber emitido opinión sobre actos de corrupción, delitos contra la voluntad popular, violación de derechos humanos u otros actos ilícitos penales, entendiéndose por tal la manifestación de voluntad de disentimiento con la autocracia, desde el 5 de abril de 1992 hasta el 22 de noviembre de 2000.

Artículo 2. Amnistía General al personal militar y policial

Concédese Amnistía General al personal militar y policial en situación de actividad, disponibilidad o retiro que hubiere sido denunciado, encausado o condenado por supuesto delito de infidencia, abandono de destino, ultraje, a la Nación, ultraje a las Fuerzas Armadas, insulto al superior, rebelión, y desobediencia con ocasión a hechos de resistencia en defensa del Estado de Derecho o de defensa de los derechos humanos desde el 5 de abril de 1992 hasta el 22 de noviembre de 2000".

Artículo 4. Amnistía a los vinculados con los defensores del Estado de Derecho

La amnistía incluye a las personas acusadas, procesadas o condenadas por delitos que se les han atribuido debido a su vinculación con líderes de opinión y dirigentes políticos que defendían la restitución del Estado de Derecho.

La ley referida excluyó expresamente en su artículo 3 a miembros de la sociedad civil y al personal militar y policial involucrado en delitos contra la voluntad popular ni los delitos de violación de derechos humanos. Las personas que habían sido afectadas por los procesos o condena tenían derecho medidas de reparación en estos términos.

> "**Artículo 5. Restitución de derechos a los amnistiados**
>
> Cesan y quedan sin efecto, por razón de esta amnistía, todas las medidas administrativas dictadas contra los procesados, reponiéndoselos en todos sus derechos funcionales y laborales, y en el grado y cargo que desempeñaban al momento de ser procesados, siempre que exista nexo causal entre la sanción y los actos materia de amnistía. En el caso de que la plaza en la que recae la reposición se encontrase ocupada o hubiese dejado de existir, la Administración Pública correspondiente deberá velar por la homologación respectiva".

En el Exp. N° 267-2002, del 13 de mayo de 2003 se denegó una excepción de amnistía relacionada a la Ley Nº 27534 porque la conducta del solicitante no se adecuaba con los supuestos de inclusión para el beneficio y además porque este había cometido delitos contra la función jurisdiccional.

Con relación a la tenencia de armas de fuego se ha dictado sucesivas leyes de amnistía para que estos peligrosos instrumentos sean entregados a la autoridad, fijando los plazos necesarios y los procedimientos. De estas leyes se han derivados casos que han merecido pronunciamientos de la Corte Suprema como el RN. N° 2190-2002, del 17 de setiembre de 2002 que señaló que el Dec. Leg. Nº 998 señaló un plazo de treinta días, para que las personas que se encontraban en posesión ilegal de armas de fuego, las entreguen a las autoridades competentes en dicho plazo; a cambio de ello no serían posibles de acción penal, civil o administrativa, y la Ley Nº 27521 promulgada el 27 de setiembre de 2001 en igual sentido pero en el plazo de noventa días; por lo que a la fecha de la incautación de las armas de fuego estaba vigente el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal, por haber vencido los plazos no operando la retroactividad benigna por tener las normas citadas carácter perentorias.

En el R.N. N° 614-2002-Cono Norte, del ocho de noviembre de dos mil dos, en una intervención de una persona que portaba armas ilegalmente, se estableció que la amnistía no era amparable porque fue intervenido por la policía en circunstancias que se encontraba en el interior de un bar encontrándose en su poder una pistola sin licencia configurándose el delito contra la seguridad pública y que si bien la Ley Nº 27521 concedió amnistía para la regularización de tenencia de armas de fuego, concediendo un plazo con la finalidad

de que las personas que poseen armas de fuego sin la licencia correspondiente entreguen a la autoridad respectiva para los fines consiguientes, también es cierto el acto o la acción punible del procesado se ha producido con la intervención directa de la fuerza pública. No hubo entrega voluntaria del arma que es el sentido de la ley.

Las rondas campesinas cumplieron una importante labor de contención del terrorismo de allí que se dieron Leyes como la 27599 con la que se concedió amnistía, pues estas rondas en autodefensa hacían uso de armas de fuego.

No toda amnistía responde a motivos de bienestar general sino de favorecer a aquellos que tienen el control del Estado para evitar futuros juicios. Uno de estos fue la ley de amnistía que comprendió al grupo paramilitar Colina que asesinó 15 personas en el distrito de Barrios Altos y fue llevado a la CIDH. La Corte Interamericana ha establecido una excepción a la regla general de amnistía y es básicamente cuando se trata de impedir la investigación de hechos graves violatorios de derechos humanos, es decir, promover la impunidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros *vs*. Perú), Sentencia del 14 de marzo de 2001, estableció criterios vinculantes para la jurisdicción interna:

> "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

Las leyes de autoamnistía, señala la Corte, impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes del caso Barrios Altos fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso:

> "Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.

> Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".

La amnistía como hemos visto comprende el olvido de delitos cometidos por personas y es una facultad del Legislativo, esta puede ser presentada mediante una excepción a efectos de contrarrestar la acción penal promovida pues tiene la calidad de cosa juzgada.

IX. Excepción de prescripción

La prescripción es una forma de extinción de la acción penal y es un instituto regulado por el Código Penal, pero tiene una connotación procesal. Es un límite de la persecución del Estado, del ejercicio del *ius puniendi*. Es un medio de liberarse de las consecuencias penales por la comisión de un ilícito o una condena por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley, siendo factor predominante para que opere la excepción de prescripción, el transcurso de tiempo(205). Es una suerte de sanción al *ius puniendi* Estatal, en donde a pesar del transcurso del tiempo no ha sido posible resolver el conflicto penal beneficiando al procesado, en pro del respeto irrestricto al debido proceso, entendiéndose en este caso, en particular, como el derecho de todo ciudadano a someterse a un proceso judicial seguido dentro de un plazo razonable(206).

Uno de los mayores problemas es bajo qué condiciones opera la prescripción, desde que momento se computa. Por ejemplo si se evidencia la existencia de un concurso ideal de delitos y conforme al tercer párrafo del artículo 80 del Código Penal, se extingue por prescripción cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave(207). Si se tratase de un concurso real de delitos, la prescripción corre por separado(208).

Hay en el Código Penal tipos penales en los que el legislador ha fijado la pena mínima, pero no la máxima, por ejemplo, en el delito de parricidio que se sanciona con pena privativa de libertad no menor de quince años; el homicidio calificado que reprime con pena privativa de libertad no menor de quince

(205) R. N. N° 1856-2002. En esta misma línea, como doctrina jurisprudencial consolidada, tenemos al R. N. N° 1856-2002-Cusco, 18 de marzo de 2003.
(206) Ver R. N. N° 1446-2005-Arequipa, del 5 de julio de 2005.
(207) En la Ejecutoria Suprema Exp. N° 2155-2001-Lima, del 12 de julio de 2002.
(208) Exp. Nº 3037-2001-Puno, del 18 de julio de 2002.

años; secuestro que reprime las agravantes con pena no menor de treinta años, el artículo 153-A, agravantes del delito de trata de personas, con pena no menor de 25 años. El Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, del 16 de noviembre de 2007 considerando el artículo 80 del Código Penal, nos recuerda que la prescripción no será mayor a 20 años, y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los 30 años. La interpretación del Pleno es que estos plazos están referidos al plazo ordinario, por lo que en cuanto a la prescripción extraordinaria opera a los 30 y a los 45 años respectivamente, esto es, aumentando la mitad al plazo anterior, bajo pautas de racionalidad y proporcionalidad, y que nos parecen correctos.

Los delitos con pena mínima conminada sin pena máxima no pueden llevarse a extremos arbitrarios, estableciendo plazos de prescripción irracionales, por lo que hace bien la Corte Suprema con una interpretación sistemática establecer sus límites.

1. Suspensión de prescripción

El plazo de prescripción tiene causas de interrupción y de suspensión señaladas por ley. A efectos de diferenciar estos institutos, tenemos que el Código Penal los regula en los artículos 83 y 84, respectivamente. La acción penal se interrumpe por las siguientes causas: actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, y por la comisión de un nuevo delito doloso.

Tenemos la concepción que cuando se señala que la acción penal se interrumpe con las actuaciones del Ministerio Público, las entendemos como aquellas que realiza el fiscal desde el inicio de la investigación preliminar. Además, se tiene que el TC en su sentencia número 4118-2004 a la letra dice:

> "5. (…) existen causas establecidas en la ley que tienen por efecto interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. 6. Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83 del Código Penal, y son las siguientes: a) Las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales".

Este precedente constitucional es vinculante y en consecuencia de obligatorio cumplimiento para los jueces. De aquí se colige que el Supremo Intérprete

de la Constitución no ha establecido, como criterio, que el plazo se interrumpe con la formalización de la denuncia (Según las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940). Asumir que el Ministerio Público solo actúa, a partir de la denuncia, es no reconocer que este tiene facultades antes de dicho ejercicio y que las emplea durante la investigación preliminar que implica que el Estado está ejerciendo el *ius puniendi*, expresado en la actividad de persecución. Al contrario de estos penalistas, especialistas como Roy Freyre, dicen que se debe considerar las "actuaciones del Ministerio Público" únicamente como aquellas actividades que se relacionen de manera directa con la promoción de la acción penal, con la satisfacción de su deber de soportar la carga de la prueba y la acusación(209).

El artículo 84 del Código Penal dice que se suspende la prescripción si el comienzo o la continuación del proceso penal dependen de cualquier cuestión que **deba resolverse en otro procedimiento** y se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

En la doctrina, se reconoce el instituto de la suspensión de la prescripción como "(…) aquel detenimiento que experimenta la iniciación o la continuación del plazo legal para perseguir el delito, sin que el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación del impedimento pierda su eficacia cancelatoria parcial, ya que solamente queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurra luego de la desaparición del obstáculo puesto por la misma ley (…)"(210).

El artículo 84 del Código Penal dice que se suspende la prescripción cuando el comienzo o la continuación del proceso penal dependen de cualquier cuestión que se deba resolver en otro procedimiento. El artículo en mención no ha señalado cuáles serían esos procedimientos, como sí lo hace el Código Penal argentino en su artículo 67, estableciendo que son las cuestiones previas o prejudiciales, y la permanencia del agente en cualquier cargo público. El Código Penal alemán en su artículo 78-b, expresamente establece que se suspende cuando se procese a un autor que sea miembro del parlamento federal o de un órgano legislativo. Similar criterio ha sido empleado por el TC en la sentencia del Expediente N° 0026-2006-PI-TC, publicado el 18 de marzo de 2007, que declara que el artículo 83 es la norma aplicable para el caso de los congresistas protegidos por la inmunidad de proceso. También la Ley N° 26641 establece una causal de suspensión, tratándose

(209) ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Causas de extinción de la acción penal y la pena*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1988, p. 77.
(210) Ibídem, p. 83.

de reo contumaz, cuando existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye el proceso penal. Esta norma, consideramos, colisiona con el derecho a la defensa, toda vez que puede ser parte de la línea estratégica de defensa del imputado.

La doctrina mayoritaria reconoce como causas de suspensión la cuestión previa, la cuestión prejudicial, el antejuicio constitucional y el desafuero. En el Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, se considera que la queja excepcional es **"otro procedimiento"** y que tiene por objeto que se dilucide si, al denegarse un recurso de nulidad, se hizo violando la Constitución o el denominado bloque de constitucionalidad. Entonces desde que se presentó el recurso hasta la decisión de la Corte Suprema, se considerará suspendido el plazo de prescripción y, en consecuencia, no se computará.

¿La queja es un recurso o un procedimiento? Si hay una pretensión que conceda el recurso de nulidad por infracción constitucional, se convierte en una instancia de revisión de la negativa del concesorio, porque en un primer prejuzgamiento, si hay elementos que así lo determinan, la Suprema puede ordenar que la Sala Superior eleve los actuados, convirtiéndose en una tercera instancia de revisión sobre el fondo, reiniciando el proceso penal. No deja de tener cierta sindéresis lo planteado por la Sala Suprema, pero se podría alegar también que, estando a que el recurso impugnatorio de nulidad es especialísimo o extraordinario, tratándose de procesos sumarios, también este debería suspender la prescripción, porque sería un procedimiento excepcional. Creo que más por razones de demora del aparato judicial se ha establecido que este procedimiento suspende la prescripción.

2. La dúplica de la prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos

Cuando los delitos son contra el patrimonio del Estado se duplica el plazo de prescripción, así se señala en el R. N. N° 3606-2002-San Martín, del 9 de abril de 2003. El origen de esta norma proviene directamente del artículo 41 de la Constitución del Estado, último párrafo, que dice que: **"El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado".** Los destinatarios de la regla jurídica son los agentes o sujetos activos del Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo; sin embargo, el Pleno aclara que no todos los delitos de esa parte, tienen contenido patrimonial, pues hay aquellos que solo atentan contra el correcto funcionamiento de la Administración del Estado.

El Fundamento de esta duplicación del plazo de prescripción es la lesión del Patrimonio del Estado sumada al menoscabo realizado por quienes tienen la obligación de preservar el patrimonio estatal.

Es necesario que exista vínculo directo entre funcionarios y servidores con los bienes, debiendo cumplirse tres requisitos:

1. Relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
2. El vínculo implica que estos ejerzan o puedan ejercer actos de administración, percepción o custodia de estos bienes públicos.
3. Puede servir, como fuente de atribución de dicha posición o facultad funcionarial, una orden administrativa y, por tanto, es posible que, mediante una disposición verbal, se pueda transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de la administración percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente, por su nivel y facultades específicas, no poseía.

Los bienes sobre los que recae la conducta pueden ser del Estado, o parcialmente del Estado, como bienes de sociedad de economías mixtas donde el Estado tiene parte en el capital, confluyendo con capital privado. Reconocidos en los artículos 40 y 60 de la Constitución y el artículo 2 del Dec. Leg. Nº 674. También pueden ser bienes privados; pero en los que el Estado ejerce administración temporal para fines institucionales o de servicio.

En conjunto, en estos bienes, se consideran muebles e inmuebles, los caudales y efectos.

3. Suspensión de la prescripción con la formalización de la investigación preparatoria

Para el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 la suspensión implica que el plazo deja de correr, porque se presenta una situación que impide la persecución penal. La continuación dependerá de la decisión de la autoridad civil, administrativa, comercial o de familia. El término de la prescripción sufre una prolongación temporal y se encuentra regulada en el artículo 84 del Código Penal.

Como **consecuencia de la suspensión**, el tiempo anterior se sumará cuando se levante la suspensión al nuevo tiempo generado; y el tiempo de la suspensión no se computa para la prescripción extraordinaria.

El Pleno de Supremos enfatiza que el artículo 339 del NCPP se refiere a una suspensión de prescripción y que, de ninguna manera, se debe interpretar

como que el legislador quiso decir **interrupción**. Entonces, durante la formalización de la investigación preparatoria hasta la sentencia, rige la suspensión y los plazos no corren.

El plazo no es ilimitado, porque se reconoce al Juez de Investigación Preparatoria facultades para controlar el plazo de dicho procedimiento.

Según el raciocinio de los jueces supremos, ¿cuándo se levantaría la suspensión de la prescripción? Pues inferimos que al dictarse la sentencia, si bien es justo reconocer que la norma dice suspensión y no interrupción, no queda muy claro si colocar la suspensión fue la intención del legislador.

La doctrina procesal y la legislación comparada han reconocido siempre que la suspensión de la prescripción se da bajo el supuesto de existencia de un procedimiento distinto al proceso penal donde se va a resolver una controversia que luego va a tener incidencia, en el mismo proceso. En el artículo 84 del CP, se establece con claridad que el inicio o la continuación del proceso penal depende de una cuestión que deba resolverse en un procedimiento.

La suspensión que trae el artículo 339 del NCPP es sui géneris y puede traer problemas, debido a la forma como se desarrollan los procesos penales. Puede darse el caso de un proceso dilatado no imputable al procesado y; sin embargo, este se ve afectado en cuanto al plazo razonable y al hecho que se le aplica la suspensión de la prescripción.

Por otro lado, tenemos que si el Código Penal, en el artículo 83 del CP, señala que la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Interpretado esto, se tiene que si hay intervención fiscal en las diligencias preliminares antes de la formalización de la investigación preparatoria, se interrumpe el plazo ordinario y empieza a correr el plazo extraordinario. ¿Cómo quedan estos plazos si se formaliza la investigación preparatoria? Simplemente ya no existen, ya no corren, porque se encuentran suspendidos.

No nos parece acertado que el legislador haya dispuesto la suspensión de la prescripción con supuestos distintos a los construidos históricamente por la legislación procesal y la doctrina, por lo que es razonable una reforma legislativa que la derogue, y que se opere bajo las reglas del Código Penal.

En la Casación N° 76-2010, del 27 de abril de 2011[(211)], en una apelación a la declaración de oficio de extinción de prescripción de la acción penal dis-

(211) Véase: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2012, p. 288.

puesta por una Sala Superior de Arequipa, basado en la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial (art. 429.4 del NCPP) invocada por el Ministerio Público, parte apelante, se elevó a la Corte Suprema para que se determine si la formalización de la investigación preparatoria interrumpe o suspende el curso de la prescripción penal, por lo cual solicitan se precise los alcances del artículo 339 del NCPP.

Luego de hacer un desarrollo de los institutos de la interrupción y la prescripción, y detectar que, en la Corte de Moquegua, en el Expediente N° 00056-2801-JR-PE-01, Secuencia Sala N° 47-2010-66 en su resolución, de fecha 27 de abril de 2010, y la Corte de Huaura, Exp. N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01, en su resolución, de fecha 21 de marzo de 2011, han optado porque al término de suspensión debe ser interpretado como interrupción, la Sala Suprema ha considerado que el Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116 no ha resuelto el conflicto en la judicatura, por lo que considera que es necesario que un Pleno formule un nuevo estudio sobre el tema. Sin perjuicio de esto, declaró fundado el recurso de Casación, acatando la decisión del Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116 y estimó que la formalización de la investigación preparatoria había suspendido el plazo prescriptorio.

4. Jurisprudencia constitucional

La STC Exp. Nº 03681-2010-PHC/TC declaró improcedente la pretensión de Ernesto Schütz Landázuri de solicitar la nulidad de un auto que suspendía el plazo de prescripción. Esta sentencia generó discusión en la prensa y la comunidad jurídica, pues erróneamente se publicó la decisión, declarándola fundada cuando faltaba aún el voto de un magistrado del TC, que inclinó la balanza por la improcedencia.

La pretensión concreta del accionante fue que se declararan nulas las siguientes resoluciones:

- Auto, de fecha 21 de noviembre de 2006, que suspendió los términos prescriptorios dictados por la 3ª Sala Penal.

- Auto, de fecha 1 de octubre de 2001, que amplía la instrucción contra el accionante por delito de asociación ilícita para delinquir y cómplice primario en el delito de peculado por el Primer Juzgado Anticorrupción de Lima.

Cuatro magistrados del Tribunal Constitucional votaron por declarar improcedente la demanda por la razón que no se había acreditado, que la resolución tenía la calidad de firme con arreglo al artículo 4 del Código Procesal

Constitucional que dice que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial **firme** vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva,

La postura de minoría fue la que provocó un impacto mediático y sus fundamentos fueron que la resolución, de fecha 21 de noviembre de 2006, que suspendió el plazo de prescripción, era firme, porque el abogado interpuso apelación y este fue declarado improcedente. En este caso, a diferencia de la posición de mayoría, la minoría razona que la firmeza se da cuando ya no existen otros medios intraprocesales para remover la resolución, es decir, cuando adquiere la calidad de cosa juzgada, sin detenerse a reflexionar si esta firmeza se ha obtenido por el consentimiento del afectado, o porque presentó recurso impugnatorio extemporáneamente, o si la resolución fue confirmada por instancia superior. A los miembros del voto en minoría, les ha bastado que esta sea firme por la razón que fuese, por lo que se pronunciaron sobre el fondo del petitorio.

La minoría analizó el fundamento de la resolución de la 3ª Sala Superior de Lima que, en el octavo considerando, señala que, en atención a que el juzgamiento del procesado depende de la extradición y resulta legítimo proceder a suspender el plazo prescriptorio de la acción penal conforme al artículo 84 del CP. Además que el procesado incurrió en causal de contumacia y, por ende, tiene que soportar sus efectos. En el noveno considerando, agrega la 3ª Sala Penal de Lima, que no se le ha restringido su libertad personal de forma arbitraria, y que resulta razonable y compatible, con la potestad punitiva del Estado, suspender el plazo prescriptorio de la acción penal desde el momento de la declaratoria de contumacia.

La minoría del TC establece que, para que proceda la suspensión de la prescripción, debe comprobarse a) si preexiste una cuestión jurídica que impida la iniciación o continuación del proceso; y b) la decisión del otro procedimiento distinto incida sobre el mismo.

Como ejemplo señalan que, en la STC Exp. Nº 4118-2004-HC, se consideró que la cuestión prejudicial y el antejuicio son causales de suspensión de la prescripción de la acción penal, y que la motivación del auto cuestionado, de fecha 21 de noviembre de 2006, no es conforme con la norma contenida en el artículo 84 del Código Penal para que legítimamente se declare la suspensión de la prescripción; y que la contumacia no puede ser entendida como otro procedimiento ajeno y distinto al proceso penal.

Los magistrados en minoría sustentan su posición en los argumentos de la STC Exp. Nº 4118-2004-HC y STC Exp. Nº 07451-2005, que han fijado como regla, que tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se

suspenden si es que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho.

Concluyen que la 3ª Sala Penal no ha tenido presente que, en la STC Exp. Nº 4959-2008-HC, se precisó que la Ley N° 26641 que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, solo puede aplicarse en el caso de que no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable.

Consideramos que la Ley N° 26641 ha establecido, como causal de suspensión de la prescripción, la declaración de contumacia y se ha aplicado válidamente al demandante, además tenemos que el procedimiento extradicional puede ser considerado también una causa de suspensión, porque de su éxito depende la continuación del juzgamiento del requerido.

Estimamos que el derecho al plazo razonable opera solo para algunos supuestos, y en el caso concreto, es el mismo accionante quien con su conducta es el causante de su larga agonía procesal.

5. La STC Exp. Nº 1388-2010-PHC/TC sobre suspensión de la prescripción

En este caso el accionante argumentó que el juez penal no había declarado expresamente la suspensión de la prescripción conforme a la Ley Nº 26641, y que debía declararse inaplicable la prescripción y computarse el plazo. El colegiado, al afirmar que es el propio procesado quien causó dilaciones en el proceso, dio una respuesta tácita en el sentido de que no es necesario que, en el auto de contumacia, se mencione que se suspende la prescripción. Consideramos que esta exigencia sí será necesaria cuando se dan causales de suspensión distintas a la contumacia como el antejuicio o cuestión prejudicial o extradición.

La pregunta es entonces, ¿cuándo la suspensión viola el derecho al plazo razonable del imputado? Una primera respuesta que ensayamos es, cuando la declaración de reo contumaz contiene un vicio de nulidad absoluta; por ejemplo, si es que no se ha notificado correctamente, en el domicilio procesal señalado por el inculpado, el apercibimiento de declarársele contumaz. El tiempo generado por prescripción suspendida inválida, tendría que ser acumulado al plazo de interrupción de la acción penal. El cuestionamiento a la suspensión sería indirecto si es que se **discute** la formalidad de la declaración de reo contumaz. En otras palabras, la suspensión solo opera si existe una declaración de contumacia válida.

Una segunda respuesta es determinar si la declaración de contumacia ha devenido en un contexto de violación del plazo razonable, ya que si el órgano

jurisdiccional es el responsable de las dilaciones, estaría deslegitimado para decretar la contumacia con dicho efecto suspensivo, por ejemplo, los casos en que un procesado se ha mantenido diligentemente arraigado por cuenta propia en el proceso y en este se han dictado sentencias que luego fueron anuladas y así hasta el infinito. En este caso, sí tendría sentido ajustar la interpretación de la Ley Nº 26641 conforme a la Constitución, por lo que estimamos que se debe interpretar que la declaración de contumacia surte efectos suspensivos del plazo de prescripción, siempre y cuando sea válida, y el imputado sea responsable de la dilación del proceso al rehuir al juzgamiento.

Fuera de todo esto, si la declaración de contumacia es válida y el plazo de suspensión corre indefinidamente, ¿cuál sería el límite? En el supuesto de interrupción de la prescripción, existe límites, ya que el artículo 80 del Código Penal establece que la prescripción no será mayor a 20 años, y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los 30 años. El Acuerdo Plenario Nº 9-2007/CJ-116 ha interpretado que estos plazos son ordinarios, y que, en el caso de la prescripción extraordinaria, esta opera a los 30 y 45 años respectivamente.

Como propuesta de *lege ferenda,* podría plantearse un límite a la suspensión, asimilando el plazo máximo de prescripción ordinaria, esto es, 20 años como **término**, y vencido este, volverían a correr los plazos de interrupción, de tal forma que equilibremos el derecho subjetivo al plazo razonable con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

X. Oportunidad de los medios de defensa

En los delitos de persecución pública, se presentan, durante la etapa de investigación preparatoria, la cuestión previa y las excepciones. En las querellas se solicitan en el momento que contestan la demanda. Todos esos medios deben resolverse antes de la etapa intermedia (art. 7 del NCPP) y en las acciones privadas en la audiencia única.

La cuestión previa y las excepciones también se pueden deducir en la etapa intermedia durante el control de acusación. Pueden ser declaradas de oficio en ambas etapas preparatoria e intermedia.

1. Trámite

Los medios de defensa técnicos como la cuestión previa, prejudicial o las excepciones serán deducidas durante la investigación preparatoria mediante

solicitud fundamentada al juez que recibió la comunicación de formalización de la investigación, adjuntando elemento de convicción (art. 8 del NCPP). Es un requisito de admisibilidad que las solicitudes sean presentadas por escrito para que las partes puedan observar el fundamento de estas.

El juez, luego de recabar información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la admisión del medio de defensa deducido en el plazo de tres días, fijará fecha para la realización de la audiencia que se realizará con quienes concurran a esta. El fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

Instalada la audiencia, el juez oirá, en el siguiente orden, al abogado defensor que propuso el medio de defensa, al fiscal, al defensor del actor civil y al defensor de la persona jurídica y del tercero civil.

Los participantes harán mención a los elementos de convicción que consten en autos o que han acompañado en sede judicial. Si asiste el imputado, tiene derecho a intervenir en último término.

El juez resolverá inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días luego de celebrada la vista, mediante auto fundamentado.

Los medios de defensa técnicos también podrán deducirse durante la etapa intermedia y resolverse en esta.

Si el juez decide fundar una cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones, el efecto de esta decisión beneficia a los imputados que no la presentaron, siempre que se encuentren en igual situación jurídica.

Esta decisión del juez es recurrible por quien se considere agraviado y será resuelta por la Sala Penal Superior.

Capítulo V
La acción civil

I. Fines

La acción civil busca la reparación del daño causado por el imputado como consecuencia del hecho delictivo. Históricamente se consideraba que la acción civil podía acumularse a la acción penal, siendo su fundamento el principio de economía procesal. Como antecedente remoto tenemos el Código Procesal Penal Napoleónico.

La pretensión civil es la declaración de voluntad planteada ante el juez, de tal forma que pueda establecerse una indemnización por los daños causados a los perjudicados por el delito.

La acción penal nace forzosamente del derecho que se pretende violado, mientras que la civil es facultativa, ya que la parte ofendida puede o no promoverla, y si bien en principio la acción civil pertenece al Derecho Privado, y la penal al público, cuando la civil nace del delito, también pertenece al Derecho Público, en cuyo caso, hay entre ambas gran relación; tanto es así que puede acumularse a la pena y ser resuelta por el juez en lo criminal en la misma sentencia(212).

La doctrina señala que esta acción tiene requisitos subjetivos que son los atinentes al órgano jurisdiccional y a las partes. Los que tienen legitimación activa, son los perjudicados por el delito, esto es, los que hayan sufrido menoscabo patrimonial(213). Entre los requisitos objetivos, tenemos por la fundamentación o *causa petendi* o la petición o *petitum.* La fundamentación se sustenta en la existencia de un delito, falta o acto ilícito que haya producido una lesión al patrimonio del actor civil. Mientras tanto, la petición de la pretensión

(212) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 158.
(213) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 76.

civil se rige bajo el principio dispositivo. El actor civil es el dueño de la interposición y de su renuncia.

En el Derecho comparado la acción tiene varios enfoques que vamos analizar a continuación.

El CPPMI dice respecto de la acción civil que solo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Sobreseído, clausurado, archivado, paralizado o suspendido el procedimiento, conforme a las previsiones de la ley, cesará el ejercicio de la acción reparatoria, en su caso, hasta que la persecución penal continúe dejando a salvo el derecho de proponer la demanda ante los tribunales competentes específicamente, por la vía del procedimiento civil (artículo 87, primer párrafo).

Se ha previsto también la posibilidad de que aun no existiendo conducta delictiva se pueda fijar la reparación civil, regla acogida por el NCPP. El CPPMI dice al respecto:

> "Sin embargo, después del debate, la sentencia que absuelva al imputado o acoja una causa extintiva de la persecución penal, deberá resolver también sobre aquella, cuando hubiera sido introducida válidamente; de la misma manera, el Tribunal de Casación deberá resolver también la cuestión civil válidamente introducida, a pesar del sobreseimiento (absolución anticipada) o la absolución pronunciados con posterioridad a la impugnación de la sentencia o cuando solo se recurrió el capítulo civil de la sentencia" (artículo 87).

La norma señala con claridad que si hay absolución o causa de extinción de la acción penal, no se puede dejar de resolver la pretensión reparatoria que ha sido introducida válidamente, de allí la necesidad de que se abra un espacio de debate probatorio para que el juez pueda realizar el juicio de hechos sobre los daños.

El CPPMI propone la figura de ejercicio alternativo en el sentido de que las reglas que posibilitan plantear la acción reparatoria en el procedimiento penal no impiden su ejercicio ante los tribunales civiles competentes pero una vez admitida en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente en un procedimiento civil independiente, sin desistimiento expreso o declaración de abandono anterior al comienzo del debate. Viceversa, planteada por la vía del procedimiento civil, no podrá ser ejercida en el procedimiento penal (art. 89). Si la persecución penal no pudiere proseguir, la acción reparatoria podrá ser ejercida ante los tribunales competentes específicamente, por la vía del procedimiento civil. La idea central es evitar que se haga dos juicios

sobre los hechos civiles afectando el derecho de los emplazados, que en este caso pueden ser los autores del ilícito o los terceros civilmente responsables.

El Código Procesal Penal de Chile dice respecto de la acción civil como principio general que si solo tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal (art. 59) y de acuerdo a las reglas del artículo 189(214).

El Código Procesal Penal chileno no niega permite que a la restitución de la cosa en el procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima puede ejercitar estas acciones en el proceso civil, pero si es admitida la demanda en el proceso penal no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil. Esta regla es importante porque no es admisible sobre los mismos hechos relacionados a los daños exista pronunciamiento doble, ya que estamos ante la persecución civil por lo mismo.

Los perjudicados por el hecho punible que no sean las víctimas directas no pueden satisfacer sus pretensiones en el proceso penal sino que deben dirigirse ante el tribunal civil competente (art. 59, último párrafo).

Lo que hace el modelo chileno es dar facultades a la víctima de accionar parcialmente en el proceso penal solicitando la restitución de la cosa, acumular en este las demás pretensiones reparatorias, o darle la posibilidad de que plantee la demanda indemnizatoria en la vía civil. Trae una regla que me parece importante y es que si la víctima ya accionó en la vía penal y obtuvo sentencia reparativa, ya no puede dirigir la acción en la vía civil pues estaríamos ante un doble procesamiento por lo mismo.

El modelo chileno es mucho más depurado que el NCPP peruano ya que regula la forma como se demanda civilmente en el procedimiento penal. Así

(214) **Artículo 189. Reclamaciones o tercerías**. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de estos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor.

En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas en virtud de este artículo.

tenemos que la demanda debe presentarse hasta antes de los 15 días de la fecha fijada para la realización del juicio oral (art. 261). La demanda civil del querellante deberá deducirse conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación, ofreciendo las pruebas para sustentar los daños que se le hubiese causado y la cuantificación pecuniaria. Se fija, además, un procedimiento previo para la preparación de la demanda civil en los siguientes términos:

> "**Artículo 61. Preparación de la demanda civil**. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con posterioridad a la formalización de la investigación la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, aplicándose, en tal caso, lo establecido en los artículos 183 y 184(215)".

La presentación de la demanda civil puede aparejar la petición de medidas cautelares reales contempladas en el artículo 157 del Código Procesal Penal chileno que hace remisión al Código de Procedimientos Civiles. Un efecto de la preparación de la demanda es que interrumpe la prescripción civil.

El imputado demandado tiene derecho a contradecir la demanda civil hasta la víspera del juicio oral (art. 259) y señalar los vicios formales que tuviese la demanda civil, requiriendo su corrección (art. 62).

Si se hubiesen deducido incidentes o excepciones con la presentación o contestación de la demanda, estas deben resolverse durante la audiencia de preparación del juicio oral (art. 63) y deberán corregirse en la audiencia o suspenderse para que se haga las modificaciones (art. 270).

En Código Procesal de Costa Rica la acción civil tiene la finalidad de restituir el objeto materia del hecho punible y la reparación de los daños y perjuicios causados. Los legitimados para ejercer la acción son el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable (art. 37). Se ha previsto los daños a la sociedad por hechos que afecten los denominados intereses difusos. En este caso está legitimada para ejercitar la acción la Procuraduría General de la República (art. 38).

(215) Son diligencias previas que durante la investigacion podrán ser solicitadas por las partes al Ministerio Público para el esclarecimiento de los hechos en este caso de naturaleza civil.

Si bien en otros sistemas procesales como el nacional se privilegia la asistencia a los imputados, el costarricense trae la posibilidad de delegación de esta acción a una oficina de defensa civil de las víctimas adscrita a la Fiscalía que la ejercitará en nombre de las víctimas en estos supuestos (art. 39).

a) El titular de la acción carezca de recursos y le delegue su ejercicio.

b) El titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia.

La acción civil en el procedimiento penal solo se ejercitará mientras esté pendiente la persecución penal que establece el artículo 40 del Código costarricense. Tiene sentido porque se requiere el cobijo del proceso penal para presentar intra la pretensión reparatoria. Si hay sobreseimiento provisional o suspendido el procedimiento la acción civil también se suspenderá hasta que la persecución penal continúe. Esto no es obstáculo para que la víctima presente la demanda ante los tribunales competentes. Aquí queda claro que son diferentes las pretensiones, y que lo penal no sujeta indefectiblemente a lo civil.

Otra regla que ha sido recogida por el NCPP es que la sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda, lo que naturalmente implica la necesidad de un debate probatorio sobre hechos de naturaleza civil.

La acción civil es única y no podrá ejercerse simultáneamente en el proceso penal y en los tribunales civiles. Es uno o lo otro, no caben acciones dobles (art. 40).

El Código Procesal Penal francés dice que la acción civil para la reparación del daño causado por un crimen, un delito o una falta corresponde a todos los que han sufrido personal y directamente el daño causado por tal infracción (art. 2[216]). Con relación a los legitimados para perseguir la indemnización ha autorizado la intervención de asociaciones legalmente constituidas, salvo que la infracción haya sido cometida hacia una persona individualmente considerada, la asociación no será admitida en el ejercicio de la acción salvo si justifica el acuerdo de la persona interesada o si esta es menor de edad, el acuerdo del titular de la patria potestad o del representante legal cuando dicho acuerdo pueda ser recabado.

(216) Orden Nº 58-1296 del 23 de diciembre de 1958, artículo 1, Diario Oficial del 24 de diciembre de 1958 en vigor el 2 de marzo de 1959.

El modelo francés admite que la acción civil sea ejercida al mismo tiempo que la acción pública o penal y ante el mismo órgano jurisdiccional y que este será competente en todas las acusaciones por daños, tanto materiales como corporales o morales, que se deriven de los hechos objeto de la actividad jurisdiccional (art. 3). Sigue la misma línea de acumulación de pretensiones en el proceso penal; pero facultativamente establece que la acción civil podrá ser también ejercida en forma separada de la acción pública o penal; pero sujeta a la sentencia resultado de la acción ante el órgano jurisdiccional civil, a que exista pronunciamiento sobre la acción pública cuando se haya promovido esta (art. 4). Se hizo una modificación en el Código Procesal Penal agregándose el artículo 4-1[217] la regla que si no existe infracción penal dolosa, esto será obstáculo para el ejercicio de una acción ante los órganos jurisdiccionales civiles a fin de obtener la reparación de un daño con base en el artículo 1383 del Código Civil francés si queda establecida la existencia de la infracción civil prevista por dicho artículo.

Por último si una parte ejerció su acción ante el órgano jurisdiccional civil competente, no podrá plantearla ante el juez penal. Salvo, si esta hubiera sido ejercitada por el Ministerio Público antes de que el órgano jurisdiccional civil se haya pronunciado en un juicio sobre el fondo de la misma. En el fondo la finalidad es que no se admiten dos procesos por el mismo hecho (art. 5).

Si el demandante se constituyó en parte civil ante el órgano jurisdiccional penal, se permite que el órgano jurisdiccional civil, al que se hubiera sometido, sigue siendo competente para ordenar medidas cautelares relativas a los hechos que son objeto de las diligencias, cuando la existencia de la obligación no sea seriamente discutible (art. 5, último párrafo). Esta posición es contradictoria pues permite un proceso simultáneo sobre el mismo hecho, aunque se señale que son solo sobre medidas cautelares.

El Código Procesal Penal de Colombia desarrolla el incidente de reparación integral y presenta otras aristas para la indemnización y reparación de los daños y perjuicios contra la víctima.

Existe hasta ahora una tradición de no ver desde una perspectiva reparativa que con base en el principio de tutela judicial, de celeridad procesal, de justicia propiamente dicho, y desde la regulación de la indemnización previsto por el Código Penal (arts. 91 y ss.) se puede satisfacer las pretensiones civiles de la víctima afectada por el delito. Por ejemplo, en un caso de fe pública,

(217) Introducido por la Ley Nº 2000-647 del 10 de julio de 2000, artículo 2, Diario Oficial del 11 de julio de 2000.

se prueba la adulteración de documentos, se condena a los autores, sin embargo, el documento sigue subsistiendo, y cuando se solicita la anulación, la respuesta que da el órgano penal es que "haga valer su derecho conforme a ley" que en la traducción es que, vaya al juez civil y el pobre litigante pase años y años en largos procesos judiciales sin obtener protección de sus derechos. El NCPP ha traído un avance en este sentido, sin embargo, como no hay regulación expresa en el Código de Procedimientos Penales se sigue actuando como siempre. El Código Procesal colombiano en el incidente de reparación da soluciones a esta problemática:

> "**Artículo 101. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente**. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.
>
> En la sentencia condenatoria se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida.
>
> Lo dispuesto en este artículo también se aplicará respecto de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.
>
> Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes".

En el primer párrafo se establece que ante evidencia de título de propiedad fraudulento se pueden dictar medidas cautelares para evitar la disposición de los bienes, en el sistema peruano lo conocemos como medida cautelar de inhibición de bienes; y si hay condena se dispone que se cancelen los títulos respectivos. En los casos probados de tráfico inmobiliario que en la época reciente en Perú involucra a redes criminales, abogados, notarios, árbitros, registradores y testaferros, las medidas cautelares de inhibición y las cancelaciones de los títulos y asientos registrales hasta que retorne formalmente a los legítimos propietarios sería un indicio importante que en nuestro país hay respeto por la seguridad jurídica, que es una señal para aquellos que desean realizar inversiones en el ámbito inmobiliario.

No queremos afirmar que hay que tomar el modelo colombiano de reparación integral sino que podemos acoger algunas de sus reglas en aras de optimizar la protección de la víctima. El sistema colombiano establece así el procedimiento de reparación integral.

> "Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.
>
> Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes".

Como condición previa tiene que existir sentencia de condena, para abrir el incidente de reparación y una solicitud expresa para que se debata de la víctima o de la fiscalía. En el NCPP no se establece con mucha claridad cómo debatir sobre la prueba de hechos civiles.

> "Artículo 103. Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.
>
> El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código.
>
> Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba".

En este procedimiento hay un alegato de entrada de la parte civil y allí señalará de qué forma el condenado debe hacer la reparación. Además debe ofrecer los medios de prueba de su pretensión. El juez revisara la legitimidad del demandante, y si no la tiene, rechazará de plano la petición. También denegará la petición si advierte que se pagaron los daños. Si admite la petición podrá formular una propuesta de conciliación que de ser aceptado se incorpora en la sentencia. La figura de la conciliación propio de los procesos civiles se incorporan en este incidente, pero aquí opera el consenso por lo que legalmente el Colombia puede insistir en una segunda oportunidad en la conciliación, pero si no hay acuerdo se actuarán las pruebas oralmente (art.104) y al final harán las alegaciones de cierre que implica una análisis de la prueba actuada. El abandono del solicitante será tomado como desistimiento. Si no asistiese el condenado se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y el juez resolverá. Quien no se hizo presente pero fue citado, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente (art. 104). La presencia física determina el interés que tienen las partes respecto de su pretensión, salvo que las ausencias hayan sido justificadas. Terminada la actuación probatoria y las alegaciones orales el juez decidirá y esto se incorporará a la sentencia de condena (art. 105). La norma no admite suspensiones siempre en aras del respecto del plazo razonable. La acción civil de reparación caduca a los 30 días después de haberse anunciado la sentencia de condena (art. 106).

II. Acción civil y el NCPP

El NCPP establece que, en principio, la acción civil derivada de hecho punible corresponde al Ministerio Público y al perjudicado por el delito. Si este se constituye en actor civil, automáticamente cesa la legitimación de la fiscalía para intervenir en el objeto civil del proceso, quedándose solo con la pretensión penal, la solicitud de condena (art. 11).

La parte legitimada puede realizar las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal, esto es, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios. También, para garantizar la restitución, tiene la facultad de solicitar la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados.

El perjudicado tiene la posibilidad de ejercitar la acción civil en el mismo proceso penal o en el órgano jurisdiccional civil, pero una vez que ha optado por una de ellas, no podrá intervenir en la otra (art. 12.1). Como hemos visto en el sistema francés se admite que se constituya en parte civil y en el proceso

civil el juez siga siendo competente para las medidas cautelares. En el NCPP no se admiten procesos paralelos.

Si la persecución penal no pudiese proseguir, por reserva del proceso o se suspenda por alguna consideración legal, la acción civil derivada del hecho punible, podrá ser ejercida ante el órgano jurisdiccional civil. Pensemos en una cuestión prejudicial, o de pronto, si es que el procesado se encuentra en calidad de ausente o contumaz. El perjudicado puede recurrir a la vía civil para accionar.

En la vía penal si se ha declarado absolución o sobreseimiento, no necesariamente esto anula que los jueces se pronuncien sobre la responsabilidad civil (art. 12.3). Esta regla es un importante avance para evitar que el afectado tenga que ir a la vía civil a efectos de reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados. Esto tiene como referencia del Código Procesal Penal de Chile que dice en su artículo 67: "La circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente".

El juez penal podría declarar que se fije la indemnización si se prueba que objetivamente el procesado, ahora absuelto, es parte de la relación causal del daño, por ejemplo, si el absuelto obró por error invencible de prohibición o de tipo.

1. Desistimiento de la acción civil

El Código Procesal chileno contempla esta institución de renuncia de la acción civil en cualquier estado del procedimiento (art. 64) y también la figura del abandono cuando en el procedimiento penal, la víctima no compareciere, sin justificación, a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia del juicio oral. Es un abandono tácito de la acción penal. La extinción de la acción penal no trae como efecto la extinción de la acción penal pues esa es independiente (art. 65)[(218)]. Salvo que fuese un caso de acción privada, pues aquí sí se extingue la acción penal (art. 66). No constituirá ejercicio de la acción civil la solicitud de diligencias destinadas a preparar la demanda civil o a asegurar su resultado, que se formulare en el procedimiento penal.

(218) En este mismo sentido el Código Procesal Penal francés dice que la renuncia a la acción civil no puede detener ni suspender el ejercicio de la acción pública, con excepción de los casos señalados en el apartado 3 del artículo 6 (art. 2).

El Código Procesal de Colombia en el incidente de reparación integral señala que la ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas (art. 104).

El CPPMI dice que el actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del procedimiento (art. 90) y además que se considerará abandonada la demanda cuando el actor civil, quien ha sido citado debidamente no asiste a dar su testimonio sin justificación, no comparezca al debate, se aleje de la audiencia o no presente conclusiones. Lo que se quiere es que sea una parte muy activa en cuanto a la pretensión reparatoria porque es de su interés.

Los efectos del desistimiento y del abandono son los siguientes (art. 91). Hasta el comienzo del debate el desistimiento y el abandono no perjudicarán el ejercicio posterior de la acción reparatoria ante los tribunales competentes específicamente, por la vía del procedimiento civil y esto tiene sentido porque no se ha dado un pronunciamiento en el órgano penal que genere cosa juzgada. Pero si el desistimiento o el abandono son luego del debate de la prueba sí se le considera como renuncia al derecho resarcitorio pretendido.

El desistimiento y el abandono generan, para el actor civil, la obligación de responder por las costas que su intervención hubiere ocasionado tanto a él como a sus adversarios.

Por el principio dispositivo, el NCPP establece que el actor civil puede desistirse de su pretensión reparatoria hasta antes del inicio de la etapa intermedia y que esto no perjudica que ejerza su derecho a ejercerlo en la vía civil (art. 13). Podría interpretarse esta regla en el sentido de que si ya se constituyó en actor civil, pasada la etapa intermedia, queda atado al proceso como tal. Nos parece que no se condice con la facultad de disposición que este tiene sobre su acción. Para efectos prácticos, un desistimiento en la etapa intermedia, no retornaría la legitimidad al Ministerio Público para la persecución, pues casi a destiempo tendría que presentar en su escrito de acusación el objeto civil y la prueba. Sería de responsabilidad del perjudicado desistido, que el objeto civil no sea satisfecho correctamente en el proceso penal.

Como no es un tema simple el hecho de constituirse en actor civil y luego desistirse, se dispone que el juez fije las costas que deberá pagar el desistido (art. 13.2).

En la línea de disponibilidad de la acción civil derivada del hecho punible, el NCPP incorpora la transacción. Si se ha llegado al acuerdo, la transacción será formalizada ante el juez. No se permite oposición del Ministerio

Público, y el fiscal se abstendrá de solicitar reparación civil en el escrito de acusación (art. 14).

No se establece los requisitos para la formalización, así es que podemos acudir al Código Procesal Civil que establece como formalidad, en el artículo 335, así:

> "La transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo. Se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo.
>
> Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de este, presentarán el documento que contiene la transacción, legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo en el escrito en que la acompañan, requisito que no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada".

En caso de que el agraviado sea el Estado, de conformidad al artículo 336 del CPC, la transacción solo puede existir previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente.

El juez de la investigación podrá aprobar la transacción. El NCPP no lo señala así como sí está previsto en el artículo 337 del CPC, cuando se homologa la transacción. En este caso, el juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres.

La esencia de la transacción son las concesiones recíprocas que deben constar en acta. ¿El juez penal puede controlar la legalidad de este acuerdo? El juez podría rechazarlo, en ese extremo, si se hubiese pactado.

III. Nulidad de transferencias

Los criminales con los dineros ilícitos obtenidos buscan asegurarlos mediante actos de conversión, colocación, intercalación y desarrollar otro delito posterior como es el de lavado de activos para encubrir lo ilícito, lo que debe ser materia de incautación y decomiso.

Se puede dar el caso que tengan patrimonio lícito, y este puede ser pasible de medidas cautelares para asegurar la reparación civil. Los procesados

para evitar esto hacen transferencias a terceros, obviamente estos son actos simulados y fraudulentos.

El NCPP contempla, en su artículo 15.1, la nulidad de transferencias patrimoniales tanto de bienes provenientes del delito sujetos a comiso como patrimonio lícito de la persona procesada. El golpe a la estructura económica de la delincuencia es fundamental en la lucha contra esta.

Los supuestos son claros: respecto de la reparación civil al que alude el artículo 97[219] del Código Penal o cuando son bienes sujetos a decomiso conforme al artículo 102[220] del acotado. Si se considera que los bienes se han transferido o gravado fraudulentamente, tanto el fiscal como el actor civil están legitimados para solicitar, en el mismo proceso penal, la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído sobre el bien, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida que corresponda.

1. Procedimiento

- Identificada una transferencia fraudulenta, el Ministerio Público o el actor civil introducirán justificadamente la pretensión anulatoria correspondiente e instará al juez de la investigación preparatoria que disponga al fiscal la formación del cuaderno de nulidad de transferencia.

(219) **Artículo 97 del Código Penal. Protección de la reparación civil**

Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros.

(220) **Artículo 102. Decomiso de bienes provenientes del delito**

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo Nº 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias (modificado por la Ley N° 30076 publicada en *El Peruano* el 19 de agosto de 2013).

En ese mismo escrito, ofrecerá la prueba pertinente. Entonces estamos ante una pretensión que se tramitará como incidente sin afectar el curso del proceso principal.

- El juez correrá traslado del requerimiento de nulidad al imputado, al adquirente y/o poseedor del bien cuestionado o a aquel, en cuyo favor, se gravó el bien. Los emplazados tienen cinco días de plazo de notificados para pronunciarse, contestando y ofreciendo la prueba que considere conveniente a sus intereses.

- Absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, el juez citará a una audiencia, dentro del quinto día para la actuación de las pruebas ofrecidas, y escuchar los alegatos de los participantes. Terminada la audiencia con las conclusiones escritas de las partes, el juez dictará resolución, dando por concluido el procedimiento incidental. Están legitimados a intervenir en la actuación probatoria: el MP, el actor civil y los emplazados.

Es el órgano sentenciador el que deberá pronunciarse sobre la nulidad demandada. Las partes legitimadas en el incidente, pueden intervenir en las actuaciones que puedan afectar sus derechos, incluyendo el juicio oral donde podrán presentar alegatos escritos y orales siempre sobre la pretensión de nulidad. Intervendrán luego del tercero civil. Esto asegura el derecho de defensa de todos los involucrados en la controversia patrimonial.

La norma regula, en el artículo 15.2. e del NCPP, que la nulidad puede interponerse durante la etapa intermedia e igualmente el juez de la investigación preparatoria dirigir el trámite. El problema es si, durante el juicio oral, se puede solicitar la nulidad, en estos casos, como en el procedimiento incidental es de recopilación de información y descargos, y no se adopta decisión sobre la nulidad, el órgano que dirige el juzgamiento puede derivar este procedimiento al juez de la investigación preparatoria, dentro de un plazo razonable, debe recabar la información, devolviéndoselo a la sala para que se pronuncie con la sentencia.

Capítulo VI
La jurisdicción

I. La jurisdicción

Se define la jurisdicción como la potestad pública de conocer y fallar los asuntos conforme a la ley, o sea la facultad atribuida al poder judicial para administrar justicia. Esta noción ha sido desarrollada por la doctrina procesal penal, considerando los siguientes elementos integrantes como son la *notio,* que es la facultad de conocer, en todos los asuntos atribuidos, a los órganos judiciales. La *vocatio* como la facultad de citar a la parte para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias para esos fines. *Iudicium* como facultad de decisión o fallo que pone fin al litigio o causa; y el *imperium,* consistente en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales(221). Estos poderes engloban la fuerza de la jurisdicción que les corresponde por mandato constitucional a los jueces.

En concreto es la facultad que tiene el Estado de administrar justicia, sometiendo a proceso conductas humanas expresadas en faltas y delitos. Este poder está sustentado en el artículo 139.1 de la Constitución de 1993 que describe los principios y derechos de la función jurisdiccional, siendo uno de estos la unidad y exclusividad de la función. Allí se dispone que no deba existir ni pueda establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. También debe considerarse el fuero comunal.

La jurisdicción penal, de acuerdo a la naturaleza de las infracciones tiene límites pues no pueden intervenir en el procesamiento conforme al artículo 18 del NCPP de los delitos de función previstos en el artículo 173(222) de la

(221) Cita de *Enciclopedia OMEBA*.

(222) Artículo 173. En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

Constitución y los hechos punibles cometidos por adolescentes. En este último caso, se tiene un trámite propio regulado por el Código de los Niños y Adolescentes. Disciplina que tiene como objeto de estudio las infracciones penales cometidas por los menores de edad, sus aspectos procesales y la ejecución de las sanciones

La justicia ordinaria tampoco tiene competencia en hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149[223] de la Constitución, esto es, los cometidos por integrantes de comunidades campesinas y nativas**.**

II. Características

a) Es **Exclusiva**. Es la facultad que tienen los jueces de administrar justicia directamente y no pueden delegar esta función a otro tipo de órgano fuera del poder judicial.

b) Es **Pública**. Se ejerce a partir del Estado, es decir, el poder es originariamente estatal. La justicia se aplica de acuerdo a las garantías constitucionales.

c) Es **Autónoma**. El Poder Judicial no está sometido a la intervención de los otros Poderes del Estado cuando se trata de resolver conflictos (Teoría de la separación de poderes).

En general, los jueces ejercen la función cuando surge un conflicto (regla general), por cuanto el Poder Judicial tiene la misión de promover la convivencia civilizada en la sociedad.

El Poder Judicial emite una solución al conflicto, aplicando la imparcialidad. De otro lado, todo juez tiene jurisdicción como poder genérico; pero, para resolver conflictos dentro de un territorio y en determinada materia, debe contar con competencia, por ejemplo, un juez penal no puede resolver un proceso de divorcio por razón de la materia, tampoco puede decir sobre un tema contencioso-administrativo. Las excepciones podemos verlas en órganos jurisdiccionales mixtos, esto es, que ven diversas materias en razón que, por la carga procesal, no se justifica crear órganos especializados

(223) Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

exclusivos. Esto se ve en lugares apartados de la República en los que la carga procesal no es tan fuerte.

III. Potestad jurisdiccional

Es el reconocimiento de la facultad de administrar justicia a las instancias del Poder Judicial; que, en materia penal, son las siguientes:

La Sala Penal de la Corte Suprema; las Salas Penales de las Cortes Superiores; los Juzgados Penales, constituidos en órganos colegiados o unipersonales, según la competencia determinada por la gravedad del delito; los Juzgados de la Investigación Preparatoria; los Juzgados de Paz Letrados en el tema de faltas, con las excepciones previstas por la Ley para los Juzgados de Paz (art. 16 del NCPP).

Existe la tendencia, pues se ha presentado un proyecto de ley, para que se cree una Sala Superior Nacional que tenga rango de Corte Superior, similar a la Audiencia Nacional Española, que vea sobre materias vinculadas al crimen organizado. Esta Sala Superior ya funciona actualmente, sin ese rango, y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial le ha otorgado por competencia nacional. En esta línea, también se han creado Juzgado Penales con competencia supra-provincial.

IV. Improrrogabilidad de la jurisdicción penal

La organización judicial regulada por su Ley Orgánica, en razón de la materia penal, tiene una jurisdicción para esta, es decir, en la que se ventilen las pretensiones del Ministerio Público en delitos de naturaleza pública y de los particulares en los casos de delitos privados. Esta jurisdicción que abarca delitos y faltas es improrrogable, lo que significa que no se puede ventilar en la jurisdicción civil ni en la contencioso-administrativa. No se puede delegar, por ejemplo, a la jurisdicción militar que es distinta o la jurisdicción comunal.

La jurisdicción penal opera con los criterios que se originan en el Código Penal, Tratados Internacionales celebrados por el Estado, debidamente aprobados y ratificados conforme a la Constitución.

La improrrogabilidad de la jurisdicción no debe confundirse con la competencia, que si bien se determina de acuerdo a reglas predeterminadas como la materia, territorio; sin embargo, para este caso, sí hay una excepción como lo es la figura de la transferencia de competencia.

V. La jurisdicción militar

En el Perú, la primera Constitución que reguló expresamente la justicia militar fue la de 1843, que en su artículo 110 estableció como estructura[224] en la más alta instancia el Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso. Esta sería, en el siglo XIX, la única mención a la justicia militar en un texto constitucional. Recién la primera carta fundamental del siglo XX hará referencia expresa una vez más a la justicia castrense. El artículo 156 de la Constitución de 1920 establecía, luego de su modificación a través de la Ley N° 5862, de fecha 22 de setiembre de 1927 que: "La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional".

El Código de Procedimientos en materia criminal de 1920 circunscribió la justicia castrense a los militares por los delitos que estuviesen comprendidos en la respectiva ley de la materia. Se trataba de una delimitación basada en un criterio formal. Bastaba la tipificación de una conducta en la ley de penalización de las conductas militares para que estos injustos cayeran en el marco de la justicia militar.

La Constitución de 1933, en su artículo 229, también reconoció la existencia del fuero militar y que por ley se debía determinar la organización y las atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas. Al amparo de esta Constitución el Código de Procedimientos Penales de 1940 estableció, como criterio para delimitar la competencia de la justicia castrense, el fuero personal.

La Constitución de 1979 delimitó el ámbito de acción de la justicia militar, con mayor precisión, y señaló algunas excepciones aplicables al juzgamiento de civiles. Su artículo 282 dispuso que "(…) los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar".

La Constitución de 1993 reprodujo un texto bastante similar, pero amplió las excepciones aplicables al juzgamiento de los civiles, a los delitos de traición a la patria y terrorismo.

(224) Ver en la STC Exp. Nº 0012-2006-PI/TC.

Desde fines del siglo XIX hasta la actualidad, el Perú ha tenido seis Códigos de Justicia Militar: i. el 20 de diciembre de 1898, Nicolás de Piérola promulga el primero; ii. Mediante Ley N° 8991, de fecha 16 de octubre de 1939, se aprueba el segundo Código de Justicia Militar; iii. Por Decreto Ley N° 11380 publicado el 7 de junio de 1950 se dicta el tercer código; iv. El cuarto en la lista fue aprobado por Decreto Ley N° 14613 del 25 de julio de 1963; v. el 24 de julio de 1980, mediante Decreto Ley N° 23214, se promulga el quinto y penúltimo Código de Justicia Militar; y, vi) finalmente, por Decreto Legislativo N° 961, de fecha 11 de enero de 2006, se publica el sexto código, y el Decreto Legislativo Nº 1094 promulgado el 31 de agosto de 2010 y el 1 de setiembre de 2010.

No pocos problemas ha tenido la jurisdicción castrense en el Perú y frente a las demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto se agravó cuando se extendió el fuero a civiles por delito de terrorismo en el gobierno del ingeniero Fujimori. De allí que la concepción de la Corte para fallar en contra del Estado en los casos de Castillo Petruzzi vs. Perú y Cantoral Benavides vs. Perú, sostuvo que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...) Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia"[(225)]. El traslado de civiles a la competencia del fuero militar por delitos comunes violó el derecho al juez natural, por lo que el efecto de estas sentencias fue que se declararon nulos todos los procesos llevados en la justicia castrense y derivados al poder judicial.

La Corte Interamericana estableció cuál era la delimitación de la jurisdicción penal militar en un Estado democrático de Derecho en el caso Durand y Ugarte vs. Perú, estimando que debía **tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, por lo que debe estar excluido, del ámbito de la jurisdicción militar, el juzgamiento de civiles y solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza** atenten contra bienes

(225) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú, sentencia de fondo, párrafo 128. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de fondo, párrafos 112 y 113.

jurídicos propios del orden militar. Consideró la Corte Interamericana en este caso Durand y Ugarte que los militares (...) hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos, por lo que no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no(226)".

La jurisdicción militar opera cuando se trata de delito de función. Sobre este la STC Exp. N° 0017-2003-AI/TC, dice que es la acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales. Que tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico "privativo" de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad. Bien jurídico castrense y efectivo militar o policial en funciones son elementos del delito de función, y cuya configuración va a determinar la intervención de fuero especial.

VI. Justicia castrense y delitos de función

Entre las características básicas de los delitos de función, se encuentran las siguientes:

> A) En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de "función" o "militar", es preciso que:

(226) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Durand y Ugarte *vs.* Perú, sentencia de fondo, párrafos 117 y 118.

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B) En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C) En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

La jurisdicción militar tiene sustento constitucional en el artículo 139, inciso 1 de la Carta Política y el artículo 173 de la misma establece que la competencia del Fuero Privativo Militar es respecto de los casos de delitos de función, estando sometidos a aquel, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y al Código de Justicia Militar. El núcleo del problema está en establecer qué son los delitos de función y cuál es la frontera con los delitos comunes.

En la doctrina penal, tenemos algunas definiciones de los delitos de función, por ejemplo, se dice que "(…) se configura un delito de función cuando concurren tres elementos, primero que se lesione un bien jurídico militar, que

se cumpla con el principio de legalidad penal y que exista una relación entre la comisión de la infracción con el cumplimiento de los deberes militares"[227]. El objeto de tutela es un bien jurídico de connotación militar, por ejemplo la obediencia, el respeto al superior.

César San Martín, en referencia al delito de función, señala sobre este: "Desde las exigencias del tipo objetivo de lo injusto es posible adelantar tres elementos fundamentales. 1. El sujeto activo del delito debe ser un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. 2. La conducta o acción debe estar vinculada a la función militar o policial en su caso. 3. El sujeto pasivo debe ser las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional como instituciones reconocidas por la constitución a las cuales se les ha reconocido un conjunto de funciones y finalidades"[228]. Sin embargo, estos requisitos le parecen insuficientes, por lo que propone uno más: "que la conducta se encuentre prevista o tipificada en el Código de Justicia Militar", que básicamente se resume en adicionar el principio de legalidad.

En la jurisprudencia constitucional, en la STC Exp. Nº 17-2003, define el delito de función como "(…) aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales". Principio de legalidad, el agente es efectivo policial o militar y lo realiza en actividad. El que viene tutelado está considerado en el principio de legalidad.

Los conflictos de jurisdicción entre el civil con el militar se originan en la forma como se concibe el delito de función, de allí que la Corte Suprema ha dictado una ejecutoria vinculante sobre este tema, la ejecutoria Nº 18-2004, Lima, del 17 de noviembre de 2004, establece un marco de referencia para poder analizar el caso concreto. Además la sentencia del TC Nº 17-2003, del 16-03-2004, en la acción de inconstitucionalidad seguida por la Defensoría del Pueblo contra artículos de la Ley Nº 24150 y las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi, del 30-05-199, y Durand Ligarte, del 16-08-2000, son las que han definido el ámbito de competencia objetiva de la jurisdicción militar.

La sentencia del TC, del 16 de marzo de 2004, interpreta el contenido del delito de función en cuanto a sus elementos típicos objetivos: los bienes

(227) ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. "Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares". En: *La Reforma del Derecho Penal Militar*. Editado por la PUCP y la Universidad de Friburgo. Lima, 2002, p. 274.

(228) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 103.

jurídicos son castrenses y los alcances de la justicia castrense, así: "La justicia castrense no constituye un "fuero personal" conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un "fuero privativo" centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional".

El sujeto activo es un militar cuando realiza su actividad funcional y que la conducta típica se realiza en acto de servicio. La Corte Suprema, desarrollando esa definición dada por el TC, señala en la sentencia vinculante que el delito de función está vinculado a un sujeto cualificado, se trata de una infracción del deber, esto es, lesiona un deber especial con origen fuera del Derecho Penal y que está dentro del derecho administrativo. Es un delito especial propio, porque el elemento especial de la autoría es la condición de militar o policía y que vulnera bienes jurídicos institucionales. La base normativa de estos delitos es el Código de Justicia Militar y que las FF.AA. y la Policía Nacional son los sujetos pasivos de la conducta típica.

La imputación en la ejecutoria vinculante es que se había ordenado una operación contrasubversiva que tuvo como resultado la vulneración de bienes jurídicos individuales, como la integridad de personas y no de bienes jurídicos institucionales. Estaba presente uno de los elementos del tipo de delitos de función, la condición de militar en actividad de los agentes y también las denominadas circunstancias externas, una labor de patrullaje; pero en la intervención de presuntos subversivos se realizaron maltratos y torturas, por ejemplo, prender fuego a una persona. Como una orientación determinante, la Corte Suprema establece que no puede considerarse, como actos de servicio, la comisión de crímenes a los Derechos Humanos en concordancia con la definición adoptada en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Durand y Ugarte, párrafo ciento dieciocho.

Si bien es aceptable que en el delito de función los bienes jurídicos tutelados son castrenses; y si, en un caso concreto, se afectara el bien jurídico vida humana, como puede ser una operación antisubversiva, la actuación de los militares no debe llevarse necesariamente, al fuero común, pues sería una interpretación mecánica, que llevaría a todos los militares y policías al banquillo de los acusados. Hay que ser prudentes, de tal forma que se evite criminalizar la acción de las Fuerzas Armadas por actos inherentes de defensa de la Seguridad Nacional; y se lleve al fuero ordinario; estando en todo caso ante causas de justificación; pero cuando hay evidencias de violaciones graves de los Derechos Humanos, por ejemplo ejecuciones de rendidos, torturas, estas se encuentran fuera de los deberes castrenses y, en consecuencia, deben ser enjuiciados por delitos comunes.

VII. Jurisdicción comunal

El Perú es heterogéneo culturalmente, y esto puede considerarse una verdad de Perogrullo, sin embargo, en la práctica, pese al desarrollo de las comunicaciones en nuestra patria, tenemos comunidades con costumbres propias, hasta peruanos no contactados, que no conocen de los cambios operados en el país, y vive en etapas primitivas. Las comunidades campesinas tienen una tradición de justicia consuetudinaria a la que se le ha dado reconocimiento constitucional. La justicia comunal ha tenido un enlazamiento con la justica estatal. A fines de los noventa, Starn (1999) afirma que el movimiento ronderil no tenía el mismo dinamismo que en los ochenta, y encontraba que entre los factores que habían motivado este decaimiento había sido una mejora de los juzgados estatales que funcionaban en las provincias, y que funcionaban en menor precariedad(229) Una mayor integración cultural y mejoramiento de la administración de justicia estatal puede sustituir en el largo plazo a la justicia comunal; sin embargo, tenemos esta realidad y se debe reconocer su importancia como medio de control de las infracciones y de mejoramiento de la convivencia social.

1. Rondas campesinas y Derecho Penal

La Corte Suprema ha dictado el Acuerdo Plenario N°1-2009/CJ-116 y como insumo jurisprudencial, decidió tomar las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico-penal de los diferentes delitos imputados a los que integran Rondas Campesinas o Comunales, en especial los delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2.19, 89 y 149 de la Constitución, y el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo "sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes", del 27 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa N° 26253, del 5 de diciembre de 1993, así como –en particular– los artículos 46.8 y 11, 14, 15, 20.8, 21, 45.2 del Código Penal.

El Pleno de Jueces Supremos advierte dos datos importantes:

a) Con gran frecuencia, la conducta penal atribuida a quienes integran las Rondas Campesinas se desarrolla en un ámbito rural, aunque en no pocos casos –siendo rurales– en áreas colindantes o de fácil comunicación

(229) GALVES RIVAS, Aníbal. *Contradicciones en el discurso de la justicia comunitaria en el Perú*. Ponencias de investigadores del Instituto de Defensa Legal presentadas al VII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), p. 64, agosto de 2010.

y acceso con zonas urbanas donde ejercen jurisdicción los jueces del Poder Judicial.

b) Los delitos imputados se refieren a tipologías donde la violencia y la coacción son medios comunes de comisión, los cuales, por su naturaleza, tienen vigente en la legislación penas muy altas.

La justificación del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 es que las Salas Penales de la Corte Suprema, en numerosas ocasiones, se han pronunciado sobre los puntos objeto de controversia, pero han utilizado diversos niveles de razonamiento y sustentado sus decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios, y en aras de garantizar el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, se tiene como finalidad unificar la jurisprudencia.

2. Orígenes

Las rondas son fenómenos del mundo rural. En Cajamarca no hay comunidades campesinas; la organización predominante es la ronda campesina autónoma, que se formó en los caseríos. Estas rondas constituyen la autoridad comunal para el gobierno local, la administración de justicia, el desarrollo local, la interpretación y la interlocución con el Estado (funciones que cumplen las comunidades campesinas)(230).

Las rondas, en manos del campesinado, nacieron para defender a la población del abigeato, darle bienestar y organizarse políticamente por el débil control de la autoridad central. Esto porque los campesinos estaban cansados de la ineficiente burocracia urbana. Además del incremento de robos, donde la pérdida de una mula, un vacuno o una oveja es un gran golpe por la pobreza que existe, sumado a que la policía en el campo era escasa y corrupta, los campesinos se sentían frustrados del alto grado de absolución de los pocos ladrones que eran arrestados(231).

Las rondas se convirtieron en organización de defensa de los intereses de la población rural frente a la poca o nula presencia del Estado oficial.

(230) FRANCO VALDIVIA, Rocío y GONZÁLES LUNA, María Alejandra. *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*. IDL, Lima, 2009, p. 42.
(231) Ídem.

3. Constitución y comunidades campesinas y nativas

El Pleno de jueces supremos señala que la Constitución reconoce, como derecho individual de máxima relevancia normativa, la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (art. 2.19).

La Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **(i)** el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (art. 89); y **(ii)** el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (art. 149). El reconocimiento de la referida jurisdicción es el desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2.19 de la Ley Fundamental[(232)].

Estos artículos deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989), del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa N° 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General, el 13 de setiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2.b del Convenio, artículo 5 de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas, y cuando existan costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34). El Convenio, que tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC Exp. Nº 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).

(232) Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116. Sexto considerando.

4. Pluralidad cultural

La diversidad cultural del Perú –o su realidad pluricultural– está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento –validez y práctica– tanto del derecho consuetudinario –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia– como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149 de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

5. Las rondas campesinas y jurisdicción especial

En el Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116, en el sétimo considerando, se hace un recorrido constitucional y legislativo sobre las rondas campesinas, con la finalidad de establecer si estas son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El artículo 149 de la Constitución prescribe:

> "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, **con el apoyo de las Rondas Campesinas**, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, **siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona**. La ley establece las formas de coordinación de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Las rondas campesinas forman parte de un sistema comunal propio y constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a comunidades campesinas y nativas preexistentes–. Las rondas campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso, han asumido diversos roles como seguridad y desarrollo, y también los vinculados al control penal, en tanto aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural.

Los integrantes de las rondas campesinas cumplen, con el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. Desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a los normas de su grupo social–, su conducta observable refleja necesidad de identidad y de pertenencia.

Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales –su existencia tiene una vocación de permanencia–. Son expresiones del mundo rural –de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados–, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan, de cierto modo, la vida en el campo–, y han definido –aún cuando con relativa heterogeneidad– las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

El Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116 fija como regla que el juez debe identificar con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial que, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso(233). Pues lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario –normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural–.

6. Identidad étnica y cultural

La Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad. Las rondas campesinas son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender –en vía de integración– que pueden ejercer funciones jurisdiccionales; pero que su reconocimiento efectivo, estará condicionado al cumplimiento de un

(233) Citan a TARUFFO, Michele. *La prueba.* Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 90.

conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación(234).

En realidad, esta posición adoptada en el octavo considerando, es decirle a las rondas: "Les reconocemos derechos, facultades pero solo cuando cumplan con nuestros estándares. ¿Esto es válido? Pues a mi modo de ver sí, ya que hay un juicio de ponderación que se va a imponer".

7. Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera. Regla jurídica para la aplicación de justicia comunal

El Acuerdo Plenario señala que, ante la imputación contra integrantes de rondas campesinas por delitos como ronderos, debe establecerse si es aplicable el artículo 149 de la Constitución. Si el reconocimiento de una jurisdicción especial comunal constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

7.1. Elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil

a) Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural, y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Las rondas campesinas tienen este atributo sociocultural.

b) Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las rondas campesinas asumen funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.

c) Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las rondas campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.

d) Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito

(234) Citan a RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?* IDL, Lima, mayo de 2008, pp. 24-25.

> territorial de la respectiva ronda campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la ronda campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de esta.

Si se verifican estos elementos, estamos ante la jurisdicción especial comunal; sin embargo, debe constatarse un último requisito que, en el Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116, se denomina factor de congruencia:

> "El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil(235).

8. Reglas para examinar la conducta del agente

Un primer elemento objetivo, está referido a que el agente ha de ser un rondero. La conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva ronda campesina.

Será necesario establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la ronda campesina. Esa norma tradicional solo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la ronda campesina.

Si el sujeto pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera, entonces se trata de conflictos puramente internos de las rondas campesinas y cabe afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta y la exclusión del Derecho Penal siempre que los actos cometidos no vulneren los derechos fundamentales.

Si son personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las rondas campesinas, se presenta un conflicto de naturaleza intercultural, por lo que la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-ronderil estará condicionada no solo a la localización geográfica de la conducta, sino también al ámbito cultural que significa:

> 1. Que la conducta del sujeto afecte el interés comunal de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la ronda campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional.

(235) Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116. Noveno considerando.

> 2. Que –entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las rondas campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderiles, objeto de denuncia o proceso penal–; el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-ronderil haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal, u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las rondas campesinas o de sus integrantes.

9. Derecho consuetudinario y derechos fundamentales. Factor de congruencia

El **factor de congruencia**, que nos parece esencial en la estructura de este Acuerdo Plenario:

> "(…) exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural–, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados (…) Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de "previsibilidad para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)–. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia"[236].

(236) Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116. Décimo primer considerando.

Los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que funcionan como límites del *ius puniendi* del Estado, también operan de la misma manera, frente a la facultad jurisdiccional que la Constitución les reconoce a las Rondas Campesinas.

10. Actos violatorios de derechos humanos inadmisibles en la jurisdicción especial

El Pleno de jueces supremos, en aras de entender mejor el factor de congruencia, considera que este requisito no puede cumplirse, si se verifica, incluso con la aceptación por el derecho consuetudinario, en la justicia comunal, los siguientes actos:

- Privaciones de libertad sin causa y motivo razonable, plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil.
- Agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos.
- Violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido.
- Juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa; lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento.
- La aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario.
- Las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones– entre otras.

Estos actos habilitan la intervención del Derecho Penal y excluyen la justificación de que se trata de una expresión de la justicia ronderil.

11. El rondero ante el Derecho Penal

El Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116 recomienda que se examine la conducta de los ronderos imputados por delitos comunes, estableciendo pautas que posibiliten un juzgamiento correcto.

11.1. Conducta atípica

En los casos que a los ronderos se les impute la comisión de delito de usurpación de funciones (art. 361 del Código Penal); se convierten sus conductas

en atípicas en la medida que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada.

También se debe rechazar la imputación por delito de secuestro (art. 152 del Código Penal), puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones–.

La actuación de las rondas campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y –en principio– la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (arts. 186, párrafo 2, inc. 1, y 317).

La intervención de las rondas tiene como origen un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que reconocen, en estas organizaciones campesinas, instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva –uno de los atributos esenciales de la jurisdicción–[237].

11.2. Causas de justificación

En el Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116 se establece que si no es posible acreditar la atipicidad de la conducta del agente, entones se puede recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.8 del Código Penal).

Se tendrá en cuenta el presupuesto de situación de amenaza a otros bienes jurídicos y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-ronderil.

El test de proporcionalidad que debe realizarse, para cumplir este cometido, debe tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales[238].

(237) Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116. Décimo tercer considerando.
(238) Ibídem. Décimo cuarto considerando.

11.3. Reglas para la determinación de la culpabilidad

Si la conducta es típica y no se ha probado causa de justificación, el Acuerdo Plenario sugiere que en el ámbito de la culpabilidad, esto es, en la capacidad del agente, es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar –si correspondiere– **(i)** la impunidad del rondero, **(ii)** la atenuación de la pena, o **(iii)** ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar **(i)** sin dolo –error de tipo– al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; **(ii)** por error de prohibición, porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o **(iii)** sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión. Se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14 y 15 del Código Penal.

El Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116, desde la casuística, advierte que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible– los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15 del Código Penal que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud, al tener contacto con la sociedad oficial, como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona(239).

Esta apreciación del Acuerdo Plenario guarda sintonía en una época de explosión de las telecomunicaciones, el internet que permite la integración de los pueblos en una suerte de aldea global moderna; en donde las personas tienen posibilidad de acceder al conocimiento de forma ilimitada. Los ronderos

(239) Citan a MODELL GONZÁLEZ, Juan Luis. "Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados". En: *Anuario de Derecho Penal de 2006*, p. 283.

no son pueblos aislados, desconectados; por lo tanto, les es exigible el respeto de los derechos humanos que tienen alcance mundial.

11.4. Exención de pena y atenuación

El Pleno de jueces supremos señala que si no es posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, esta última; sin embargo, puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (art. 20.8 del Código Penal), al error de tipo o de prohibición (art. 14) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (art. 15) –vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud, se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el Derecho Penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría.

En el Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116 se fija como regla, que si el grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:

a) La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21 del Código Penal, o por la vencibilidad del error de prohibición según el artículo 14 o por los defectos de la comprensión –o de determinarse según esa comprensión– como lo establece la última frase del artículo 15 de la norma sustantiva.

b) La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14, primer párrafo, última frase del Código Penal.

11.5. Determinación de la pena

La determinación se define como el procedimiento técnico valorativo que debe seguir todo órgano jurisdiccional al momento de imponer una sanción penal. En el Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116 se dispone que, comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el juez penal, para medir la pena, tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45.2 y 46.8 y 11 del Código Penal –compatibles con el artículo 9.2 de la Convención sobre pueblos indígenas y tribales, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto sociocultural del imputado–;

y, de otro lado, directivamente, el artículo 10 de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento –principio de adecuación de las medidas de reacción social–[240].

Respecto a la jurisdicción comunal, podemos concluir que la Constitución afirma dos derechos fundamentales colectivos: **(i)** el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley; y **(ii)** el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

Además, que el factor de congruencia exige que la actuación de las rondas campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Con relación a las sanciones de las conductas ilícitas de los ronderos, debe tomarse en cuenta si han actuado bajo error culturalmente condicionado, error de tipo, error de prohibición, o existe alguna causa de justificación.

En la determinación judicial de la pena, se le exige al juez tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas y su contexto sociocultural.

(240) Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116. Décimo sétimo considerando.

Capítulo VII
La competencia

I. Aspectos doctrinarios

Chiovenda decía que cuando un juez, por la naturaleza y por el valor del pleito, por las funciones que se le piden, por sede en la que se encuentra, es **capaz** de proveer en un pleito, llámese **competente**. Si el juez no es competente, no tiene obligación ni facultad de pronunciar; no surge válidamente la relación procesal. Así, la competencia se presenta como el más importante de los presupuestos procesales(241).

Son absolutos e improrrogables los límites derivados del criterio **funcional**. No se puede omitir un grado de jurisdicción y acudir directamente al juez de apelación(242).

Es una expresión de la jurisdicción, la concreción del poder del juez para avocarse a una causa. Una primera regla territorial es el lugar de la comisión del ilícito, el mismo que debe ser determinado por razón del principio de ubicuidad previsto en el artículo 5 del Código Penal, por el lugar donde el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos.

Como señala Binder es difícil que, en cualquier Estado, un juez ejerza una jurisdicción ilimitada en todas las materias. La forma de limitar la jurisdicción es la competencia, que es una limitación de la jurisdicción del juez y responde a la necesidad de dividir el trabajo dentro de un determinado Estado(243).

(241) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción José Casais Santalo. Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1922, p. 601.
(242) Ibídem, p. 603.
(243) BINDER Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 297.

La competencia es una expresión concreta de la jurisdicción. Se dice que desde la perspectiva de un tribunal se puede dar un concepto objetivo y subjetivo. **Objetivamente, es una órbita jurídico-penal dentro de la cual el tribunal ejerce la jurisdicción. Subjetivamente, es la aptitud que tiene un tribunal penal para entender en un determinado proceso o momento del mismo por razones territoriales, materiales y funcionales**(244).

La determinación de la competencia se fija mediante reglas que "(…) tienen por misión poner orden en el ejercicio de la jurisdicción, lo que es imprescindible en materia penal para hacer práctico el principio del juez natural. De aquí deriva su nota de improrrogabilidad"(245).

Ningún juez carece de jurisdicción, pero solo la ejerce dentro de los límites señalados por la ley, por lo que puede faltarle competencia para entender en un asunto determinado(246).

Mientras que la jurisdicción es un concepto genérico, es decir, una potestad del juez, la competencia es un concepto aplicado al caso concreto, pues no todos los jueces pueden intervenir en cualquier litigio, sino tan solo en aquellos casos que la ley les permite. Conforme a tales conceptos, Castro define a la competencia como "la medida o el alcance de la jurisdicción, o sea, los límites que la ley establece para el ejercicio de la jurisdicción a cada uno de los distintos órganos jurisdiccionales", y Alsina como "la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado". Para Manzini, desde el punto de vista objetivo, "es el ámbito legislativamente limitado dentro del cual un juez que tiene jurisdicción" puede ejercerla; y para Lascano, "es la capacidad reconocida a ciertos jueces para ejercer jurisdicción en determinados casos"(247).

Es una división de índole funcional dentro de la que se desenvuelve el ejercicio del poder jurisdiccional por parte del órgano correspondiente(248). Esa división funcional se concreta a través de la noción de competencia que fija el ámbito y modalidades dentro de los cuales cada órgano jurisdiccional ejerce sus facultades, por lo que puede entenderse como la aptitud del juzgador para el ejercicio de la jurisdicción en los casos que corresponden.

(244) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 325.
(245) Ibídem, p. 327.
(246) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 201.
(247) Ídem.
(248) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1997, p. 144.

Mientras que el concepto de jurisdicción es único e idéntico, la competencia, entendida como "aptitud" por ello mismo, es cambiante, múltiple y variable y se justifica en razones de división del trabajo y en la necesidad de adecuar a los requerimientos reales el servicio de justicia, adaptándolo a las particularidades regionales y de los objetos y personas puestos a la consideración del órgano. Desde esta perspectiva, la competencia es una sección de la jurisdicción (integrada por todas las competencias). En consecuencia, la competencia delimita la zona de conocimiento, intervención, decisión y ejecución del juez o tribunal, determinando el espacio, materia y grado de los asuntos que le incumben(249).

Por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso (art. 19.2).

II. Formas de determinación de la competencia

Se reconoce varias formas de determinación de la competencia bajo los siguientes criterios:

1. La competencia objetiva

La competencia objetiva se entiende determinada por elementos materiales fuera de la persona del magistrado.

1.1. Funcional

Es aquella competencia asignada por la Ley Orgánica y el NCPP a las instancias del Poder Judicial que ven la materia penal. Aquí opera la jerarquía, como elemento objetivo, y determina una competencia funcional distribuyendo las facultades o competencias a cada órgano jurisdiccional.

Dice Chiovenda que el criterio funcional se deriva de la naturaleza especial y de las exigencias también especiales de las funciones que el magistrado está llamado a ejercer **en un solo proceso y cuyas funciones** pueden estar distribuidas entre **diversos** órganos; así hay jueces de primer y segundo grado (competencia por grado), jueces de conocimiento, jueces de ejecución(250).

(249) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., Tomo II, p. 145.
(250) CHIOVENDA, José. Ob. cit., Tomo I, p. 600.

La competencia funcional, conforme al NCPP, está distribuida de la siguiente forma en el caso de la Sala Penal de la Corte Suprema a la que le corresponde:

1. Conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, pero en los casos previstos por la ley(251).

2. Conocer del recurso de queja por denegatoria de apelación. Debe ser en los casos donde sea instancia de apelación, y generalmente en los procesos donde hay imputados aforados como altos funcionarios públicos.

3. Transferir la competencia cuando se trata de un distrito judicial a otro.

4. Conocer de la acción de revisión como un recurso excepcional de revisión de la cosa juzgada.

5. Resolver las cuestiones de competencia previstas en la ley, y entre la jurisdicción ordinaria y la militar. Esta previsión se encuentra reglada en la ley Orgánica del Poder Judicial.

6. Pedir, al Poder Ejecutivo, que acceda a la extradición activa y emitir resolución consultiva respecto a la procedencia o improcedencia de la extradición pasiva. Su función es consultiva, si deniega el Poder Ejecutivo, queda vinculado a dicha decisión, pero si acepta, es discreción del Ejecutivo si accede o no a la petición extradición.

7. Resolver la recusación planteada contra sus magistrados, en los casos previstos por la ley, teniendo en cuenta que su decisión es inimpugnable, pues es la última instancia de decisión.

(251) Artículo 427 del NCPP 1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores. 2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones: a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años. c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación. 3. Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente. 4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

8. Juzgar en los casos de delitos de función que señala la Constitución. Un ejemplo, el procesamiento al ex presidente ingeniero Alberto Fujimori.

Otros supuestos de competencia los tendrá la Sala Penal Suprema en los casos que señalan el NCPP y leyes al respecto (art. 26).

2. Jurisprudencia de contiendas de competencia: fuero civil vs. fuero militar

2.1. Caso La Cantuta

La trascendencia del principio del juez natural, y los conflictos entre el fuero civil y el militar tuvieron su momento cumbre en la historia reciente de nuestro país, por lo que es necesario que se tenga en cuenta, como referencia de estudio de aplicación de las instituciones procesales penales, sin desligarlas de la realidad nacional.

Durante 1991, las Fuerzas Armadas ingresaron a las universidades nacionales, estableciendo bases de control militar, primero de facto y luego amparados en una modificación a la Ley Universitaria efectuada por el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. En ese contexto de intervención y control militar se produjeron graves violaciones a los derechos humanos en perjuicio de centenares de universitarios, principalmente en la Universidad Nacional del Centro de Huancayo.

A inicios de 1991 se difundió, por la televisión local, un video que mostraba un acto político-cultural en la Universidad "La Cantuta" que invitó a especular acerca del grado de control que tenía Sendero Luminoso en la universidad. El 21 de mayo de 1991, el expresidente Alberto Fujimori visitó la universidad, provocando una reacción violenta de los estudiantes que lo obligó a retirarse humillado del campus. Al día siguiente, tropas militares tomaron el control de la Universidad Mayor de San Marcos y de la Universidad "La Cantuta", donde fueron detenidos 56 estudiantes. Entre los intervenidos estaban tres de los nueve estudiantes que posteriormente serían ejecutados extrajudicialmente.

Ese día –22 de mayo de 1991– el Ejército estableció en "La Cantuta" un destacamento militar dependiente de la División de las Fuerzas Especiales (DIFE) que se denominó **Base de Acción Cívica** e impuso en la universidad un toque de queda y un control militar de entrada y salida de los estudiantes. Asimismo, y según documentos oficiales, el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) destacó agentes operativos en diferentes universidades nacionales y

academias –entre ellas, la Universidad La Cantuta– quienes informaban sobre las actividades de estudiantes y docentes, así como de sus orientaciones políticas e ideológicas.

Según las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, desde los altos mandos del poder militar, se implementó una estrategia de lucha clandestina contra la subversión. De acuerdo a esta misma fuente, en el año 1991, se dispuso de agentes de inteligencia operativa (AIO) pertenecientes al Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) para formar un comando dependiente de la Dirección de Inteligencia del Ejército peruano (Dinte), que después se conoció como el "Destacamento Colina".

Entre las últimas horas del día 17 y la madrugada del 18 de julio de 1992, miembros del "Destacamento Colina" en coordinación con efectivos de la base militar ubicada en la Universidad "La Cantuta" irrumpieron en las viviendas universitarias y, en presencia de medio centenar de testigos, secuestraron a 9 estudiantes y un docente de la universidad. Los alumnos fueron: Juan Mariños Figueroa (32), Heráclides Pablo Meza (28), Robert Teodoro Espinoza (24), Armando Amaro Cóndor (25), Luis Enrique Ortiz Pereda (21), Dora Eyague Fierro (21), Felipe Flores Chipana (25), Bertila Lozano Torres (21), Marcelino Rosales Cárdenas y el profesor Hugo Muñoz Sánchez (47).

En los días posteriores ninguna autoridad militar daba razón de los estudiantes y el profesor secuestrado y negaba la incursión nocturna. Los familiares presentaron numerosas acciones de hábeas corpus las que, a pesar de los numerosos testimonios de estudiantes que narraron detalladamente el secuestro de las víctimas, concluyeron sin señalar responsables.

Luego de realizadas las investigaciones en las que intervinieron el periodismo, sectores de oposición del Legislativo, organizaciones de derechos humanos, la fiscalía, oficiales de alta graduación que denunciaron al Grupo Colina, se determinó que la responsabilidad recaía en este destacamento militar.

El congreso, en junio de 1993, remitió el caso al fuero militar, y en julio del mismo año, el Consejo Supremo de Justicia Militar se avocó al conocimiento de la causa.

En la fiscalía se seguía realizando las investigaciones, habiéndose hallado restos de los asesinados, por lo que dispuso la denuncia respectiva a 11 oficiales y subalternos del ejército. En base a estas evidencias, el 16 de diciembre de 1993, la fiscalía denunció a 11 oficiales y subalternos del Ejército. Al día siguiente, el fuero castrense se opuso a la investigación iniciada en el fuero civil argumentando haber asumido jurisdicción en abril de 1993. El 18 de

diciembre, el juez del fuero común ordenó la detención de los miembros del "Destacamento Colina", pero la justicia castrense se opuso. Le correspondía entonces a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia definir competencia. El 4 de febrero de 1994, se produjo discordia al votar 3 magistrados a favor del fuero militar y 2 a favor del fuero civil.

Ante la posibilidad que la Corte Suprema defina la competencia de la investigación en favor del fuero común, el 7 de febrero de 1993, el congresista oficialista Julio Chu Meris presentó un proyecto de ley, proponiendo que el conflicto de competencia entre los fueros común y militar se resuelva en la Corte Suprema con el voto favorable de solo tres vocales, y no con cuatro, como decía la ley. De esa forma, en la madrugada del 8 de febrero, sin dictámenes de comisiones, y otorgando a la norma aplicación inmediata, el Congreso aprobó la Ley N° 26291, la misma que fue firmada al día siguiente por el expresidente Alberto Fujimori y publicada el 10 de febrero.

La norma se hizo conocida en el país como la "Ley Cantuta", y el 11 de febrero de 1994, tres vocales de la Sala Penal, con el quórum permitido por la nueva Ley, dispusieron que el proceso sea derivado a la jurisdicción militar. Posteriormente, el 21 de febrero de 1994, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar dictó sentencia en las causas acumuladas 157-93 y 8841-93 contra oficiales y subalternos del Ejército peruano por el secuestro, desaparición y ejecución de los 9 estudiantes y el profesor Muñoz de la universidad de "La Cantuta". La misma sentencia, en lo sustancial, fue confirmada por el Consejo Supremo de Justicia Militar, el 3 de mayo de 1994. Ambas sentencias contenían importantes aseveraciones para la comprensión de la autoría del crimen; sin embargo, los magistrados del fuero militar presentaron en sus fallos al destacamento de 6 militares del ejército peruano condenados por la ejecución del crimen como un grupo autónomo e inconexo a la estructura de inteligencia del Ejército peruano y que habría actuado en su ánimo criminal sin orden superior; sosteniendo, incluso, que el día del secuestro, sorprendieron al destacamento de 30 militares asentados en la Base de Acción Cívica en la Universidad "La Cantuta".

En 1995, ante la perspectiva de hacer frente a nuevos procesos penales por violación de derechos humanos, el gobierno de Alberto Fujimori promulgó una ley por la que se concedía amnistía general al personal militar, policial y civil que se encontrara denunciado, investigado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros común o privativo militar, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980.

De esa forma, los oficiales condenados y presos por el crimen de "La Cantuta", el 16 de junio de 1995, fueron excarcelados y con ellos 51 militares involucrados en graves casos de violación de derechos humanos como la matanza de los penales de Lurigancho y de Santa Bárbara en 1986.

3. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra las leyes de autoamnistía y su repercusión en el caso La Cantuta

De otro lado, en el proceso de denuncia internacional contra el Estado Peruano en el caso Barrios Altos, el 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció expresamente sobre la incompatibilidad de las leyes de "Auto-amnistía" Nº 26475 y Nº 26492 que favoreció con la excarcelación de los miembros del "Destacamento Colina" en 1995. La Corte calificó a estas normas como "leyes de auto-amnistía", indicando que las mismas "(...) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana (...)".

Tres meses después, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, invocando el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Reglamento, presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda de interpretación de la sentencia de fondo. El 3 de setiembre de 2001, la Corte señaló en su sentencia de interpretación de la sentencia de fondo, que "(...) dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales (...)", es decir, que comprendería este pronunciamiento también al caso La Cantuta, precisando los alcances de esta interpretación en la **sentencia de 29 de noviembre de 2006**(252).

4. Caso Chavín de Huántar. Fuero Militar

El grupo subversivo Movimiento Revolucionario Túpac Amaru secuestró a una gran cantidad de personas en la residencia del embajador de Japón el año 1996, y en abril de 1997, se realizó un rescate de comandos de las fuerzas armadas en una operación llamada Chavín de Huántar, deviniendo allí el nombre de los comandos y el caso.

(252) Ver <http://190.41.250.173/RIJ/BASES/jurisp/juriperu4.htm> [Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013].

En esta operación se denunció que algunos subversivos, pese haberse rendido, fueron asesinados por lo que se inició una investigación sobre este caso, habiéndose detectado que en dicha operación participaron militares ajenos al comando, y sobre quienes recae la sospecha de ser los autores. Las ONG de derechos humanos han solicitado que esto se haga en el fuero común mientras que la defensa de los comandos en el fuero militar.

En este caso, frente a una contienda de competencia en la causa N° 19/21-2002, la Corte Suprema dispuso que el caso se divida en dos: Los miembros del Comando Chavín de Huántar debían ser juzgados en la jurisdicción militar y las personas ajenas en la jurisdicción común, justificando la decisión así:

> "Tercero. Que, habiendo actuado el grupo militar Chavín de Huántar constituido y entrenado para ello, en la operación de rescate de los rehenes en acatamiento a una orden superior, en un escenario de claro enfrentamiento militar, caso de haberse producido infracciones o excesos punibles previstos en el Código de Justicia Militar, durante su intervención, tal eventualidad debe considerarse como producida en ejercicio de la función, correspondiendo por lo tanto que sus autores sean sometidos a la jurisdicción del fuero militar con arreglo al ordenamiento contenido en el Código de Justicia Militar; que, por otra parte, constituye argumento esencial y resulta de estricta aplicación lo dispuesto en el artículo ciento setenta y tres de la Constitución Política del Estado, en cuanto dispone que en el caso de delito de función los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar y que esta disposición es aplicable a los civiles en el caso de delitos de Traición a la Patria y de Terrorismo; (…) Sexto. Que, como fluye de las consideraciones expuestas, los inculpados, integrantes del cuerpo de Comandos, han actuado en una operación militar en cumplimiento de una orden impartida con arreglo a la Constitución, por autoridad con capacidad de hacerlo y que las infracciones de naturaleza delictiva en que hubieren incurrido corresponde sean conocidos por el Fuero Militar, cosa que no ocurre con los elementos ajenos a dichos comandos, quienes habrían actuado de ser el caso, como infractores y autores de delitos comprendidos en la legislación común y que por lo tanto deben permanecer sujetos a la Jurisdicción del Fuero Común (…)".

III. Competencia de las salas penales superiores

El NCPP, en concordancia con la Ley Orgánica, ha establecido las competencias de las Salas Superiores en distintos supuestos, como son los siguientes:

a) Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la ley, expedidos por los jueces de la investigación preparatoria y los jueces penales –colegiados o unipersonales–.

b) Dirimir las contiendas de competencia de los jueces de la investigación preparatoria y los jueces penales –colegiados o unipersonales– del mismo o distinto distrito judicial, correspondiendo conocer y decidir, en este último caso, a la Sala Penal del distrito judicial al que pertenezca el juez que previno.

c) Resolver los incidentes que se promuevan en su instancia.

d) Dictar, a pedido del fiscal superior, las medidas limitativas de derechos a que hubiere lugar.

e) Conocer del recurso de queja en los casos previstos por la Ley.

f) Designar al vocal menos antiguo de la Sala para que actúe como juez de la investigación preparatoria en los casos previstos por la ley, y realizar el juzgamiento en dichos casos (art. 27 del NCPP).

g) Resolver la recusación planteada contra sus magistrados.

h) Conocer los demás casos que el NCPP y las leyes determinen.

IV. Conflictos de competencia

Los conflictos de competencia se dan cuando dos jueces consideran que debe conocer una causa penal o no les corresponde, por lo que, ante este suceso, un órgano superior debe dirimir a quien le corresponde.

Cuando se da una cuestión de competencia, el procedimiento no debe suspenderse, salvo que se produzca, antes de dictarse, el auto de citación a juicio, se suspenderá hasta la decisión definitiva (art. 20). Esto tiene sentido, ya que el auto de citación a juicio es el colofón del control de la acusación, siendo este un trámite necesario, pero que no importa que se realice actos de investigación adicionales.

1. Juez natural

Un principio que subyace en una cuestión de competencia es el del derecho al juez natural, quien es definido como aquel órgano jurisdiccional competente y predeterminado por ley. El principio permite que un ciudadano no sea desviado de su jurisdicción natural.

El principio que rige es del juez *ex post facto*, es decir, el juez posterior al hecho delictuoso, por cuanto este será el encargado de administrar justicia.

Al respecto, la excepción al juez natural se encuentra en el artículo 78 del Código de Justicia Militar, por cuanto, jueces militares, en caso de terrorismo, juzgaron a civiles por el delito de traición a la patria.

En el R.N. Nº 798-2004, del 5 de agosto de 2004, pese a que el sentenciado en el fuero militar no reclamó respecto de la jurisdicción militar, la Suprema estableció que, al haberse dictado contra el recurrente una sentencia condenatoria en el fuero privativo militar, resulta imperiosa la anulación de todo el proceso y su consiguiente procesamiento ante el fuero ordinario, por cuanto el juicio se realizó quebrantando el derecho al juez natural, pese a su condición de civil; siendo imprescindible el despliegue del conjunto de actos necesarios para que su situación jurídica se resuelva bajo las garantías que contienen el debido proceso en la jurisdicción penal ordinaria.

La competencia puede ser regulada mediante Resolución Administrativa del CE del Poder Judicial que, en el R.N. N° 4549-99, 11 de enero del año 2000, señaló, respecto a un caso de bandas, y ordenó que el proceso debía remitirse a la Sala Penal Corporativa Nacional Especializada en Delitos Cometidos por Organizaciones Delictivas –bandas–, conforme a lo dispuesto por la Resolución Administrativa número trescientos cuarenta guión CME-PJ.

La Corte Suprema en la contienda competencia N° 17-1997, del 12 de diciembre de 1997, entre el fuero militar y el civil, dispuso en un caso de homicidio en zona de emergencia que en la medida que se advierte que los hechos imputados constituyen actos de servicio, toda vez que ocurrieron como parte de un operativo de rastrillaje para la captura de elementos terroristas en una zona declarada en Estado de Emergencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto Supremo número cero cero siete, guión noventa y siete DE-CCFFAA del dos de febrero de mil novecientos noventa y siete; que, siendo esto así, en el caso submateria, es de aplicación lo previsto en el artículo décimo de la Ley número veinticuatro mil ciento cincuenta, por el cual los miembros de las Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentran prestando servicios en las

zonas declaradas en Estado de Excepción quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código; y estando a lo dispuesto por el artículo veintiocho del Código de Procedimientos Penales concordantes con el artículo trescientos veinticuatro del Código de Justicia Militar e inciso primero del artículo cuarto de la Ley Orgánica de Justicia Militar: DIRIMIENDO la contienda de competencia promovida: declararon que el conocimiento de la presente causa corresponde al Quinto Juzgado Militar permanente de Huancayo .

En el R.N. N° 1983-97, Sala Penal-Ica, del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, se dirimió a favor del fuero militar, pues consideramos que, en la comisión del delito perpetrado, ha vulnerado un bien jurídico que es de índole policial y no civil por ser un delito de función.

La contienda de competencia es entre órganos jurisdiccionales. Así se determina en la Resolución N° 14-95 de la Corte Suprema que dice que se advierte, de la revisión de los actuados, que el Presidente del Consejo Superior de Justicia de la Cuarta Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú, mediante oficio de fojas cuatro, planteó "contienda de competencia" en el proceso seguido contra los sub oficiales de segunda de la Policía Nacional del Perú José Andrei Echevarría Paredes y Oswaldo Aliaga Figueroa, por el delito contra la Administración de Justicia –evasión de detenidos– en agravio del Estado; sin embargo, no se aprecia en autos la resolución expedida por el Colegiado que considera que le corresponde el conocimiento de la presente causa, requisito indispensable para que se genere una contienda de competencia, entre ambos fueros, puesto que es necesario para que la Corte Suprema resuelva se produzca un desacuerdo entre los jueces de estos distintos fueros, lo que no ha sucedido en el caso materia de autos.

La prevención implica la competencia en razón de turno. En la dirimencia de Competencia N° 20-97, del 9 de diciembre de 1997, la Corte suprema determinó que conforme a la certificación expedida por la secretaría en lo administrativo, se encontraba, de turno, la Segunda Sala Penal de la Libertad.

En la competencia 8774-97, en la Sala Penal, del 5 de mayo de 1998, se declaró improcedente la declinatoria del fuero común solicitada por el fuero militar por la razón que el delito de TID no es delito de función.

2. Carencia de competencia

En el Exp. Nº 3991-97-B, Sala Penal de Lima, diez de julio de mil novecientos noventa y ocho, se resolvió así: "que, conforme al artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales la Competencia entre los jueces penales

de la misma categoría, se establece: a) Por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso, b) por el lugar donde se hayan descubierto las pruebas materiales del delito, y c) por el lugar en que ha sido arrestado o tiene su domicilio el inculpado. En el caso de autos, la imputación del delito contra la Fe Pública contra los inculpados consiste en haberse falsificado o adulterado parcialmente una copia certificada de actuados judiciales expedida por el noveno juzgado civil de Lima, para ser convertidos en supuestos partes judiciales para cancelar una anotación de demanda en el Registro de Propiedad Inmueble de Arequipa, respecto de lo cual únicamente existe prueba de la Expedición de dicha copia certificada en esta Capital, sin que se haya, por el momento, determinado el lugar donde se produjo la falsificación o adulteración. Las pruebas materiales del delito han sido descubiertas en la ciudad de Arequipa, al haberse inscrito en los Registros Públicos de dicha localidad, la cancelación del gravamen, por lo que debe concluirse que, en este extremo, corresponde conocer de la causa al Juez Penal del Distrito Judicial de Arequipa.

El territorio lo asumimos como el espacio donde tiene soberanía el Estado peruano. Para efectos de la competencia territorial, se tiene que el NCPP por orden de prelación fija cual es el criterio a tomarse en consideración cuando se trata de determinarla. El artículo 21 en su inciso 1 señala que se fija por el lugar donde se cometió el hecho delictuoso o se realizó el último acto en caso de tentativa, o cesó la continuidad o la permanencia del delito. Se debe tener en cuenta que el Código Penal asume la teoría de la ubicuidad; por eso, en el artículo 5, se dice: que el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos. Esta última parte puede concordarse con el inciso 2 del artículo 21 del NCPP. Otra regla para determinar la competencia, es por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito: inciso 3 del artículo 22 citado. Los incisos 4 y 5 establecen que se fija por el lugar donde fue detenido el imputado o **donde domicilia el imputado**.

3. Competencia territorial

La Sala Penal Permanente dictó la resolución Competencia N° 24-2004, Cono Norte, de fecha doce de mayo de dos mil cinco:

> "(…) la contienda negativa de competencia entre el Primer Juzgado en lo Penal del Módulo Básico de Justicia de Carabayllo y el Juzgado Mixto de Matucana; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal (…) los hechos que han dado origen a sendos procesos penales han ocurrido en el Anexo quince Río Seco de la Comunidad Campesina de Jicamarca, sin embargo existe duda

–vistos los informes contradictorios que han emitido las Municipalidades de San Antonio de Carabayllo– respecto al ámbito territorial judicial de dicho lugar (…) siendo así, es de acudir a los criterios de atribución competencial territorial o fueros estipulados por el artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales distintos del lugar de comisión del delito; que sobre esa base, en el presente caso, tampoco es posible aplicar las reglas dos y tres de dicha norma: en el primer caso, por la misma razón anterior, y en el segundo caso porque no ha tenido lugar arresto alguno; que, por tanto, es aplicable la última regla territorial; la del lugar del domicilio del imputado (…) que los imputados (…) radican en el Cono Norte de Lima (…) por lo que a efectos de la competencia territorial es del caso dirimirla a favor del Juzgado de Carabayllo, que integra el Distrito Judicial del Cono Norte de Lima".

4. Competencia cuando el hecho es cometido en medio de transporte

Si el delito es cometido en un medio de transporte, pensemos, por ejemplo, un crimen en un vehículo en marcha, si no es posible determinar la competencia territorial con precisión corresponde el conocimiento al Juez del lugar más próximo del lugar de los hechos. El conductor deberá poner en conocimiento del hecho delictivo a la autoridad policial quien a su vez dará cuenta al fiscal para que inicie la conducción de las investigaciones (art. 22).

La regla tendría también aplicación cuando el delito es cometido en las naves y aeronaves nacionales si es dentro del territorio nacional, lo racional es que sea competente si se cometió en el espacio aéreo o si es en el mar frente a las costas del distrito judicial que corresponda (art. 1 del Código Penal).

5. Delitos en el extranjero

Si el delito se cometió fuera de territorio nacional, y debe juzgarse en el Perú la determinación de la competencia debe ceñirse a las siguientes reglas:

- El lugar donde el imputado tuvo su último domicilio en el país, el mismo que deberá comprobarse con la información que este dé o según datos objetivos de residencia que consten en documento o en verificación domiciliaria realizada por la policía;

- El lugar de llegada del extranjero, si viene por tierra, mar o aire dependerá la competencia de acuerdo a la estación, puerto o aeropuerto donde se les reciba.

- Por el lugar donde se encuentre el imputado al momento de promoverse la acción penal (art. 23).

6. Delitos graves y de trascendencia nacional

Frente a delitos graves y de repercusión nacional se puede establecer órganos jurisdiccionales que tengan competencia nacional. Como antecedentes, tenemos la creación del subsistema especial de juzgamiento de los casos vinculados a la organización criminal liderada por el exasesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, o también conocido como sistema anticorrupción.

Un segundo antecedente lo tenemos en la Sala Penal Nacional con competencia para delitos vinculados a crimen organizado, en delitos como terrorismo, asesinato, secuestro, tráfico de drogas, de lesa humanidad, trata de personas, entre otros y vinculado funcionalmente a la Corte Suprema. Las salas de juzgamiento están compuesta por los magistrados que han sido cooptados para esta Sala Penal Nacional. También se han creado juzgados con competencia provincial, y se han dictado dispositivos para organizarlo en función del NCPP, como los jueces nacionales de investigación preparatoria, los jueces de juzgamiento y la sala Nacional de apelaciones.

Como antecedente extranjero, advertimos que sigue a la Audiencia Nacional Española de competencia para delitos graves y de trascendencia nacional, de la que, en algún momento, formó parte y cesado injustamente el exmagistrado Baltasar Garzón.

El Poder Judicial, en esta dirección, ha presentado al parlamento un proyecto de ley para que se cree la Corte Superior Nacional, y en la exposición de motivos, se ha señalado que la finalidad es enfrentar eficazmente los altos niveles de corrupción en la Administración Pública y avance de delitos de incidencia social y regional como lavado de activos y tráfico de drogas[253].

Esta organización judicial nacional se prevé en el NCPP cuando se establece que, tratándose de Delitos graves y de trascendencia nacional o que sus efectos superen el ámbito de un distrito judicial, o los cometidos por organizaciones delictivas, podrán ser conocidos por determinados jueces de la jurisdicción penal ordinaria, bajo un sistema específico de organización territorial y funcional, que determine el Órgano de Gobierno del Poder Judicial (art. 24).

(253) Proyecto de Ley Nº 00425-2011. Ver: <www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>.

Los actos realizados ante un órgano jurisdiccional incompetente territorialmente, pierden su eficacia jurídica o son nulos. Pues no, ya que aun cuando no existe este presupuesto procesal de primer orden, se flexibiliza respecto de los actos procesales que ya se realizaron en resguardo del principio de celeridad, obviamente si se ha desarrollado en un contexto de respeto del derecho a la defensa y del contradictorio (art. 25). La nulidad sí se tendría que aplicar si se trata de incompetencia de grado o materia.

7. Competencia material

El criterio derivado de la naturaleza del pleito o material se refiere ordinariamente al contenido especial de la relación jurídica en litigio(254).

7.1. Competencia material y funcional de los juzgados penales

Si bien la competencia es en razón de materia, esto es, de delitos, en esta puede establecerse grados. Así se tiene el siguiente cuadro de competencias:

- **Los juzgados penales colegiados** que son integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan como pena privativa de libertad mínima mayor a seis años, por ejemplo, robo agravado (pena mínima 12 años, artículo 189 del CP); parricidio (pena mínima 15 años, art. 107 del CP); TID agravado (15 años pena mínima, art. 297 del CP).

- **Los juzgados penales unipersonales** conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los juzgados penales colegiados. Ejemplo: hurto agravado, estafa, fe pública, etc.

7.2. Competencia funcional

Los juzgados penales, unipersonales o colegiados tienen las siguientes funciones.

- Dirigir la etapa de juzgamiento en los procesos que deban conocer;

- Resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del juzgamiento;

- Conocer de los demás casos que el NCPP y las Leyes determinen.

(254) CHIOVENDA, José. Ob. cit., Tomo I, p. 600.

Adicionalmente, los juzgados penales colegiados también conocerán de las solicitudes sobre refundición o acumulación de penas (que fueron dictadas hasta antes de la modificatoria de los artículos 50 y 51 del CP, siempre que se hayan adecuado al NCPP, pues esto ya no funciona por la regla de suma jurídica de penas que modificó el de la absorción de penas).

Los juzgados penales unipersonales, funcionalmente, también conocerán:

- De los incidentes sobre beneficios penitenciarios, conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal;
- Del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias expedidas por el Juez de Paz Letrado;
- Del recurso de queja en los casos previstos por la Ley;
- De la dirimencia de las cuestiones de competencia entre los Jueces de Paz Letrados (art. 28).

7.3. Competencia funcional de los juzgados de la investigación preparatoria

Le corresponde a estos órganos jurisdiccionales, que controlarán constitucionalmente la investigación llevada a cabo por el fiscal realizar, lo siguiente:

- Conocer las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la investigación preparatoria, por ejemplo, del perjudicado como actor civil o del tercero civilmente responsable.
- Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria. Las medidas cautelares que bajo supuestos de urgencia, necesidad, proporcionalidad, aseguramiento solicite el fiscal para investigar, las cuales pueden ser tanto reales como personales.
- Realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada. Ante casos de urgencia, como la enfermedad de testigos o peritos que impidan actuarse en juicio oral, como excepción, podrá realizar esta prueba garantizando el contradictorio.
- Conducir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia. La trascendencia de la etapa intermedia, tratándose de un requerimiento acusatorio, es la preparación del juicio oral, controlando la acusación y desarrollando la admisión probatoria.

- Ejercer los actos de control, como el de plazos, o de tutela de derechos.

- Ordenar, en caso de delito con resultado de muerte, si no se hubiera inscrito la defunción, y siempre que se hubiera identificado el cadáver, la correspondiente inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

- Conocer de los demás casos que el NCPP y las leyes determinen.

8. Juzgados de paz letrados. Competencia por materia

Corresponde a los jueces de paz el proceso por faltas que se encuentran regulados por el artículo 440 del CP y son las siguientes: lesión dolosa y lesión culposa (art. 441), Maltrato (art. 442), agresión sin daño (art. 443), hurto simple y daño (art. 444), hurto famélico, usurpación breve, entre otros. Estas son infracciones de bajo nivel de lesividad, pero sí provocan un nivel de afectación a la víctima.

9. La competencia por conexión

Existe conexión procesal cuando se dan los siguientes supuestos:

- Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos. Unidad de agente en pluralidad de delitos.

- Cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible. Pluralidad de agentes en un solo hecho.

- Cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes. Pluralidad de sujetos activos y de hechos delictuosos.

- Cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad.

- Cuando se trate de imputaciones recíprocas (art. 31).

9.1. Fueros por conexión

Son los fueros que se vinculan por las personas que se están procesando y por los hechos que guardan conexión.

La regla es que se transfiere la competencia al órgano jurisdiccional que conoce el delito más grave.

9.2. Reglas para determinar la competencia por conexión

Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos, le corresponde al juez que conoce del delito con pena más grave. Si es igual la gravedad de los delitos, corresponde al juez que primero recibió la comunicación por parte del Ministerio Público de su decisión de continuar con la investigación preparatoria(255).

Cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible, la competencia se determinará subsidiariamente por la fecha de comisión del delito, por el turno en el momento de la comunicación del fiscal de continuar la investigación preparatoria o por quien tuviera el proceso más avanzado. En caso de procesos incoados en distintos distritos judiciales, la competencia se establece por razón del territorio.

Cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal, hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes, o cuando se trate de imputaciones recíprocas, corresponde al que conoce el delito con pena más grave. A igual gravedad compete al juez penal que primero hubiera recibido la comunicación del fiscal de continuación de la investigación preparatoria.

Cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad, corresponderá al que conoce del delito con pena más grave (art. 32 del NCPP).

10. Concurso procesal de delitos

Si estamos en el fuero común, pueden darse distintos trámites procesales y la regla es que se lleve según el procedimiento para el delito más grave (art. 33.1). En el Código de Procedimientos Penales de 1940, por ejemplo, si estamos frente a un delito de secuestro que se tramita en vía ordinaria y hurto que es la vía sumaria, este último se tramita en la ordinaria.

Los procesos por delitos de acción privada seguirán las mismas reglas, y la acumulación procederá solo entre ellas. No se puede acumular un delito de acción pública con acción privada, por ejemplo, un caso de violación de domicilio y otro por delito contra el honor o la intimidad.

(255) Artículo 3.- Comunicación al Juez de la continuación de la investigación. El Ministerio Público comunicará al Juez de la Investigación Preparatoria su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias.

11. Cuestiones de competencia

11.1. La declinatoria de competencia

Es un medio de defensa técnico que permite que se respete el principio del juez natural, por haberse avocado a una causa sin tener competencia.

Están facultados para solicitar la declinatoria de competencia durante la investigación preparatoria, el actor civil o el tercero civil (art. 34.1).

La declinatoria procede cuando el juez se avoca al conocimiento de un delito que no le corresponde por razón de la materia, de jerarquía o de territorio. El juez la resolverá en audiencia previo traslado de la petición a las partes. El auto deberá motivar las razones por las que se rechaza o acepta la declinatoria.

La petición de declinatoria de competencia se interpondrá dentro de los diez días de formalizada la investigación (art. 35). Si se hace extemporáneamente, será declarada improcedente; sin embargo, no vemos razones para que el juez no examine su competencia, de tal forma que la validez, si considera que su avocamiento es arreglado a ley, o decline si no lo es.

Si acepta declinar competencia, antes de remitir al juez que considere competente, deberá declarar consentido el auto que declara fundada la declinatoria, lo que implica que la decisión puede ser recurrida ante la Sala Penal Superior que la resolverá en última instancia (art. 37).

La norma procesal ha previsto que los actos procesales realizados por juez incompetente, válidamente realizados antes de la declinatoria conservan su eficacia jurídica (art. 38). La solicitud de nulidad de estos actos deberá basarse, en todo caso, en otros supuestos distintos al de incompetencia.

11.2. La transferencia de competencia

La trasferencia de competencia es, en el fondo, el traslado de la facultad de juzgar de un órgano jurisdiccional a otro. Se convierte en una excepción al juez natural, previsto ante sucesos que pueden impedir la investigación o el juzgamiento de imputados.

El Código rituario señala que se dispone cuando circunstancias insalvables impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento, o cuando sea real o inminente el peligro incontrolable contra la seguridad del procesado o su salud, o cuando sea afectado gravemente el orden público (art. 39).

11.3. Trámite

La transferencia de competencia la pueden solicitar el fiscal, el imputado, y las demás partes, precisando las razones y adjuntando la prueba. Esto generará la formación de un incidente que se pondrá en conocimiento de las partes procesales, quienes expondrán lo conveniente a sus derechos, dentro plazo de cinco días.

Compete resolver sobre la petición a la Sala Penal Superior que lo hará dentro del plazo de tres días de elevado el incidente si es que la transferencia es dentro del mismo distrito judicial, pero cuando se trate del juez de distinto distrito judicial o de la Sala Penal Superior, la resolverá la Sala Penal Suprema.

11.4. Jurisprudencia vinculante y transferencia de competencia

En la Ejecutoria Suprema N° 2448-2005, Lima, doce de setiembre de dos mil cinco, cuyo sexto y sétimo considerandos fueron establecidos como Precedentes Vinculantes por el Acuerdo Plenario Nº 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006, en principio, se reconoce la garantía del juez natural, y que este no es otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente. Las normas sobre competencia son un auténtico presupuesto procesal; sin embargo, excepcionalmente si fuese el caso, puesto que en esta sentencia se ventilaba el caso del denominado Andahuaylazo; la Corte Suprema dice que no necesariamente el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo que infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la Ley le atribuye el conocimiento de un caso, manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia arbitrariamente. Lo señalan así, porque se dio una transferencia de competencia de Andahuaylas a Lima, para que se ventile el caso del inculpado Antauro Humala y sus coprocesados. Es necesario ir al texto del sexto considerando para ilustrarnos directamente de la regla jurídica:

> "(...) el segundo párrafo del numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra entre otras garantías procesales la del juez legal –denominado por un sector de la doctrina, juez natural"– bajo el enunciado "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, que la predeterminación legal del juez no es otra que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se erigen en un auténtico presupuesto procesal, aun cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas

> sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo –desde luego– que infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la Ley le atribuye el conocimiento de un caso manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad".

En el R.N. N° 205-2004[256], Lima, quince de febrero de dos mil cinco, se establece las pautas de lo que significa el juez natural, y que ese principio tiene conexión con la competencia procesal:

> "(…) el segundo párrafo del inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra el derecho al 'juez natural' o, como expresis verbis allí se señala, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley; que, dicho derecho es una manifestación del derecho al "debido proceso legal" o, lo que con más propiedad, se denomina también procesal efectiva; siendo que, mediante él se garantiza diverso haz de atributos, que si inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado. El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, está expresada en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo en base a "órganos jurisdiccionales de excepción" o por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación; en ese sentido, exige que juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, impidiendo que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido".

Además, la Ejecutoria Suprema Vinculante N° 2448-2005[257], Lima, desarrolla sobre la excepción de declinatoria de jurisdicción, o mejor, de competencia como expresión concreta de la *jurisdictio*. En principio, los jueces penales de primera instancia tienen un ámbito territorial específico donde

(256) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.
(257) Ídem.

ejercen jurisdicción. El artículo 19 del Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros, denominados fuero preferente, en el inciso 1, que se rige por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso y los fueros subsidiarios cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, por lo que los artículos 2, 3 y 4 establecen como criterios alternativos para fijar competencia el lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado. Que estos no son fueros equivalentes, sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley. El fuero preferente tiene su sustento material en el artículo 5 del Código Penal que instituye el principio de ubicuidad. La Suprema asume una concepción de ubicuidad restrictiva, por lo que el factor decisivo a tomar en cuenta estriba en que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico –no el extra típico ni otros efectos– se produzca en un territorio determinado. Esto puede dar lugar a confusiones, puesto que aquí más bien la llamada ubicuidad restrictiva sería, en realidad, la tesis de la teoría de la acción. La regla jurídica que comentamos se infiere del considerando séptimo cuyo contenido es el siguiente:

> "[L]o que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción –o mejor dicho, de competencia, aunque la primera es la denominación de la Ley Procesal Penal– es la definición del órgano judicial en concreto –el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima o el Juzgado Penal de Andahuaylas– que debe conocer, según las reglas de adscripción competencia territorial –denominadas "fueros" en la doctrina procesalista–, en tanto que los Juzgados Penales, y de Primera Instancia en general, tienen un ámbito territorial específico donde ejercen jurisdicción; que a estos efectos el artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros, denominados fuero preferente –en el caso del inciso uno– por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso– y fueros subsidiarios –cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, rigen los incisos dos a cuatro: lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado–, que es de enfatizar que no se trata de fueros equivalentes sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley, de ahí que el previsto en el inciso uno, "forum comissi delicti', es el preferente, y los restantes son subsidiarios, es decir, se aplican ante la imposibilidad de los demás; que, desde el punto de vista material, para determinar el fuero preferente es de aplicación el artículo

> cinco del Código Penal. que instituye el principio de ubicuidad: "El lugar de comisión del delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos", que desde esa perspectiva legal es de interpretar la norma en mención asumiendo una concepción de ubicuidad restrictiva, en cuya virtud el factor decisivo a tomar en cuenta estriba en que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico –no el extra típico ni otros efectos– se produzca en un territorio determinado".

En la Ejecutoria Suprema de Transferencia Nº 04-2006, Huánuco, del diez de octubre de dos mil seis, se declaró infundada la solicitud de transferencia de competencia formulada por el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior, que había presentado como argumentos conforme a los artículos treinta y nueve y cuarenta y uno del Código Procesal Penal; que había circunstancias insalvables que impedían o perturbaban gravemente el normal desarrollo de la investigación o el juzgamiento, referidas a la afectación de las garantías procesales, como una posible influencia sobre los magistrados (juez y fiscal) de parte de los medios de comunicación o manifestaciones tumultuarias de apoyo en razón de la cercanía o simpatía hacia algunas de la partes, lo que afecta la imparcialidad o independencia de los Magistrados. Que además hay la posibilidad que se afecte gravemente el orden público. El raciocinio para la denegatoria fue realizado de la siguiente forma:

> "(…) de la revisión de las piezas procesales y de las pruebas que se adjuntan no se advierte que existe tal afectación de la instrucción ni del juzgamiento con entidad suficiente para poner en peligro la imparcialidad o independencia de los Jueces, porque la investigación ya concluyó y, en cuanto juzgamiento, ya se han dictado cuatro sentencias, la de fojas ciento cinco de fecha dieciséis de diciembre de dos mil cinco, y la de fojas treinta y cinco, del veintiocho del mismo mes y año, que fueron declaradas nulas por la sentencia de vista de fojas doscientos diez, del dieciséis de mayo de dos mil seis, y la de fojas doscientos veintinueve, dictada el veintiuno de junio de dos mil seis, bajo el fundamento jurídico de vicios procesales; que si bien se ha reservado el juzgamiento contra otros encausados, entre los que se encuentran Nancy Rufina Obregón Peralta –dirigente cocalera y Congresista– y Elsa Malpartida Jara –dirigente cocalera y miembro del Parlamento Andino–, no es previsible o razonable estimar que se producirá

> –como no ha sucedido antes– una alteración del orden público, pues la tramitación del proceso que la precedió y el juzgamiento se desarrolló en forma normal, tan es así que contra ambas ya se dictó sentencia, que como se ha señalado fueron declaradas nulas por vicios procesales".

La declinatoria de competencia es un medio de defensa técnico que buscar modificar la competencia original generalmente por violación del juez natural. En los casos de terrorismo existen pronunciamientos de la Corte Suprema, declarando infundada la declinatoria en base al argumento de sub especialidad que no es inconstitucional, y de aplicación inmediata de la norma procesal penal. En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1780-2004[258], Lima, nueve de setiembre de dos mil cuatro, se ventiló esta controversia, habiendo cuestionado el imputado la competencia de los órganos jurisdiccionales especializados en delitos de terrorismo, argumentando una presunta vulneración a la garantía del juez legal o natural, sosteniendo que los hechos que se le reprocha son de competencia del órgano jurisdiccional de Huánuco, por el lugar de comisión del delito conforme lo dispuesto por el artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales. La base legal, según la sala para invocar la competencia de los jueces en juzgamiento por terrorismo, está en reglas especiales contenidas en el artículo diecisiete del Decreto Ley número 25475 por la que se precisa que, en los delitos cometidos con propósito terrorista, los magistrados asumen competencia a nivel nacional, sin considerar el lugar de la comisión del hecho delictuoso, y b) el Decreto Legislativo número 922, tercera disposición complementaria, que establece que la radicación de competencia de los Jueces de Lima para el conocimiento de la investigación y juzgamiento de los procesos que primigeniamente fueron tramitados en la jurisdicción militar y que fueran anulados por la Sala Nacional de Terrorismo en aplicación del citado dispositivo legal. El argumento para el rechazo es:

> "[E]l Tribunal Constitucional ha sentado doctrina constitucional respecto de la constitución de órganos jurisdiccionales subespecializados, indicando en primer lugar, que la creación por el órgano de gobierno del Poder Judicial de una subespecialidad penal, como la encargada del conocimiento de los delitos de terrorismo, no vulnera el principio de legalidad en la constitución de los órganos judiciales, y, en segundo lugar, que el hecho de que tales órganos jurisdiccionales, integrantes de la jurisdicción penal ordinaria y sujetos a las disposiciones de la

(258) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.

> Ley Orgánica del Poder Judicial, se crearon con posterioridad al procesamiento del imputado[en el ámbito del Derecho Procesal no rige la regla que la competencia del juez se define por la fecha de comisión del delito sino que esta se define en función a la fecha en que se promueve la acción penal], ello no importa –en su esencia– una vulneración de dicha garantía, toda vez que su creación obedece a razones objetivas de especialización y buen orden del sistema de justicia –objetividad de los criterios de atribución–, sin que tienda a lesionar la imparcialidad judicial y a manipular la constitución de órganos judiciales para afectar la posición jurídica de los imputados –ausencia de criterios de discriminación ilegítimos– (…)".

Como primera conclusión, tenemos que esta Ejecutoria Suprema Vinculante establece el sustento del principio de juez natural como garantía de la función jurisdiccional, pero no es un principio absoluto, pues tiene sus límites en los casos de existencia de supuestos para transferir competencia como las establecidas en el artículo 39 del NCPP, esto es, la existencia de factores que impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento, o la seguridad del procesado o su salud, o cuando se afecte gravemente el orden público. Una segunda conclusión es que desarrolla la declinatoria de competencia como un medio de defensa técnico para cuestionar la competencia de un determinado órgano jurisdiccional.

11.5. La contienda de competencia

Es una controversia entre órganos jurisdiccionales por el avocamiento de una causa penal. Se pueden dar varias modalidades:

A) Contienda de competencia por requerimiento

Si un juez toma conocimiento de que otro de igual jerarquía también conoce del mismo caso sin que le corresponda, de oficio o a petición de las partes, solicitará la remisión del proceso, es decir, que decline competencia y le remita todos los actuados. Con la resolución, el juez adjuntará los elementos de juicio pertinentes.

El juez cuya declinatoria se solicita, deberá resolverá en el plazo de dos días hábiles. Si acepta, remitirá lo actuado, con conocimiento de las partes.

Si declara improcedente la remisión, formará el cuaderno respectivo y lo elevará en el término de tres días a la Sala Penal Superior, para que resuelva en última instancia dentro del quinto día de recibidos los autos (art. 42).

El juez requerido deberá reexaminar si su competencia es válida en razón de material, grado o territorio, para aceptar o rechazar. Es inadmisible que los jueces conozcan sobre lo mismo, porque sería una violación del ne bis in ídem procesal.

B) Contienda de competencia por inhibición

La inhibición es un retiro voluntario de su competencia que realiza un juez por causales de recusación como tener interés en el proceso, por haber sido abogado de una de las partes, tener vínculo parental con estas. La inhibición puede ser de oficio o a solicitud de las partes. Si se inhibe remite copia de las piezas pertinentes a otro juez si hay detenido, si no le remitirá el proceso (art. 43.1).

Puede darse el caso que el segundo juez considere que las causales de inhibición no son atendibles legalmente, por lo que se inhibirá, elevando las copias de actuados en el plazo de un día hábil, o el principal, para que la Sala Penal Superior resuelva.

El juez, que se inhibe, debe ser muy cuidadoso cuando se aparta de su competencia, pues esto provocará necesariamente retraso en el proceso penal, y podría afectar el derecho al plazo razonable. Un apartamiento inmotivado, sin sustento, puede considerarse como inconducta funcional y sancionable en la vía administrativa-disciplinaria.

C) Consulta del juez

Este mecanismo permite que un juez que tome conocimiento que su superior jerárquico está avocado al mismo hecho punible u otro conexo, le consulte si es que debe remitir todo lo actuado, es decir, si debe inhibirse (art. 44.1). La consulta opera de inferior a superior y no a la inversa.

Si el superior tiene conocimiento de que ante un juez inferior en grado se sigue un proceso que le corresponde, ya sea por razón del delito o por delitos conexos, pedirá de oficio o a petición de las partes la remisión de los actuados.

Esto es aplicable cuando personas que no tienen la condición exigida por el artículo 99[259] de la Constitución, pero se les imputa haber intervenido en los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los altos funcionarios

(259) Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General.

públicos, serán procesados ante la Corte Suprema de Justicia conjuntamente con aquellos, es decir, que no podrán ser procesados por separado, pues se afectaría el principio de unidad de proceso.

La misma regla se aplicará a los casos que deben ser de conocimiento de la Corte Superior de Justicia.

D) Inhibición del juez solicitada por otro juez

Puede darse el caso que un Juzgado Penal, que ha recibido la acusación, conoce que otro de igual jerarquía tiene otro proceso para audiencia sobre el mismo caso. El primero solicitará al segundo que se inhiba, para lo cual, le enviará copia de las piezas pertinentes. Si el Juzgado Penal requerido acepta, expedirá resolución y remitirá lo actuado, con conocimiento de la Sala Penal Superior y de las partes.

Si afirma su competencia, elevará el cuaderno respectivo a la Sala Penal Superior que resolverá, en última instancia, dentro del quinto día de recibidos los autos, previa audiencia con la intervención de las partes (art. 45).

11.6. La acumulación

La acumulación de causas tiene que abonar en la mejor cognición de los hechos que son objeto de prueba. Una primera regla, para poder hacer la acumulación de procesos independientes conforme al artículo 46 del NCPP, es que se observará las reglas de competencia, por ejemplo, la competencia material, es decir, que deben ser dos órganos jurisdiccionales penales.

La acumulación será en principio obligatoria cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible; sin embargo, es facultativa fuera del anterior supuesto, siempre que los procesos se encuentren en el mismo estado e instancia, y además no ocasionen grave retardo en la administración de justicia (art. 47.2).

Tienen iniciativa para solicitar la acumulación el juez o el pedido de parte; pero puede darse el caso que surja la acumulación como resultado de una contienda competencia, es decir, que un caso se ha venido tramitando en un órgano jurisdiccional y se le adiciona otra causa que viene reenviada por una dirimencia de una contienda negativa (art. 48.1).

La idea de la acumulación tiene varias aristas, que no se procese por el mismo hecho, que haya uniformidad en la labor de la fiscalía, y que contribuya en la celeridad procesal, si la acumulación no camina en este sentido, es posible

que la parte que se considere afectada recurra la decisión dispuesta por el juez de investigación preparatoria ante la Sala Penal Superior, que resolverá en el término de cinco días hábiles.

La acumulación también puede darse para el juzgamiento de oficio o a petición de las partes, pudiendo recurrirse la decisión ante la Sala Superior, quien resuelve con carácter de inimpugnable. En este caso, debe unificarse todo respecto a los hechos y también la calificación jurídica, de tal forma que se resguarde el contradictorio y la correlación entre acusación y fallo.

No son acumulables cuando se trata de casos que se han promovido por acción privada y por acción pública, o cuando los casos se han tramitado en la jurisdicción ordinaria y la militar, en este último caso, solo sería atendible si es que hay una declinatoria de competencia o una dirimencia a favor del fuero civil de tal, forma que se justifique la acumulación.

11.7. La desacumulación

Si la acumulación de causas en vez de concretar la celeridad procesal le pone obstáculos provocando que el proceso acumulado se retrase afectando el plazo razonable que es un derecho subjetivo de las partes, el juez puede disponer su desacumulación. También puede ser por las razones que existan elementos suficientes para conocer con independencia. Otra razón es que alguno de los delitos acumulados o conexos requiera diligencias especiales o plazos más dilatados para su sustanciación. El juez valorará estos aspectos, salvo que se considere que la unidad es necesaria para acreditar los hechos. Si considera útil la desacumulación, dispondrá además la formación de cuadernos separados (art. 51).

Como regla para el tratamiento de los casos con cuestiones de competencia pendientes y las incidencias de acumulación, los jueces podrán resolver sobre la libertad o privación de la misma del imputado, y actuar diligencias de carácter urgentes e irrealizables, en una suerte de prueba anticipada. En la medida que son procesos que se llevan de manera por así decirlo, inestables, la Sala Penal deberá dar prioridad para resolver las incidencias de acumulación (art. 52).

Capítulo VIII
La recusación e inhibición

I. Fundamentos

La imparcialidad judicial tiene que ser resguardada empezando por un deber de responsabilidad del juzgador, sin perjuicio que desde los ordenamientos procesales fijan causales objetivas para que se resguarde este principio y se garantice a los justiciables una decisión sin atisbo de imparcialidad.

El CPPMI establece los motivos que se pueden invocar para que un juez se inhiba del proceso, es decir se aparte del mismo voluntariamente que es la diferencia con la recusación que es un medio de defensa técnico (art. 22).

1. "Si intervino en ella como acusador, defensor, representante, perito o consultor técnico, si denunció el hecho o lo conoció como testigo, o si dio recomendaciones sobre la causa o emitió opinión sobre ella fuera del procedimiento.

2. Si intervino o contribuyó a pronunciar sentencia en la misma causa o intervino como juez en otro periodo del procedimiento; si pronunció o contribuyó a pronunciar una resolución impugnada estará inhibido de intervenir en el procedimiento que sustancia la impugnación y en su decisión, salvo el caso de la reposición.

3. Si en la causa intervino o interviene su cónyuge o algún pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o por adopción, y segundo de afinidad, quien ha sido su tutor, curador o guardador o quien está o ha estado bajo su tutela, curatela o guarda.

4. Si él o alguna de esas personas estuviere interesado en la causa o tuviere juicio pendiente, comunidad o sociedad con alguno de los interesados, salvo que se tratare de una sociedad anónima cuyas acciones coticen en el mercado de valores o de entidades civiles amplias.

5. Si él o alguna de esas personas recibieron o reciben beneficios de importancia o son acreedores, deudores o fiadores de alguno de los

interesados, salvo que se tratare de instituciones estatales o de bancos constituidos como sociedades anónimas. O si, después de comenzado el proceso, él hubiere recibido presentes o dádivas de alguno de los interesados, aunque fueren de escaso valor.

6. Si, antes de iniciado el procedimiento, tuviere amistad íntima o enemistas manifiesta con alguno de los interesados(260), si denunció o acusó a alguno de ellos o fue acusado o denunciado por alguno de ellos, incluso conforme al procedimiento para el desafuero, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos".

Si el juez al evaluar el contexto en el que una causa está sometida a su conocimiento y descubre que está incurso en cualquiera de esos supuestos, tiene el deber de apartarse conforme lo establece el artículo 24 que es conminativo respecto de las primeras cinco razones. Deberá denunciarlo inmediatamente, en cuanto conozca su situación respecto de la causa, y apartarse del conocimiento y decisión del proceso. Su silencio y omisión se considerará **falta grave**.

Ahora no se trata que el juez se aparte por cualquier motivo pues si aun teniendo razones la inhibición genera efectos contra el derecho al plazo razonable y la celeridad procesal. Hemos visto caso de jueces que fundaron una excepción de naturaleza de acción en juicio sumario Decreto Legislativo N° 124 y la instancia superior en apelación revoca el auto, y el juez se abstiene de conocer bajo el motivo que ya adelantó opinión. Con este criterio el juez que resolvió en contra también tendría que inhibirse, igualmente el juez que dictó una medida cautelar por suficiencia probatoria; y así, se podría encontrar muchos motivos, y el proceso judicial se volvería caótico pues es el mismo juez quien incumple su deber de administrar justicia; y porque no son causales previstas en la ley para abstenerse de conocer. Otro caso fue de jueces que habían tramitado juicio de alimentos siendo jueces de paz, y luego fueron promovidos como jueces de primera instancia; entonces frente al delito de omisión a la asistencia, razonaban, que como habían conocido el proceso originario de alimentos ya estaban parcializados y en consecuencia presentaban su inhibición. Esto se agravaba porque no había otro juez en la zona, dejándose de administrar justicia. En principio las controversias son distintas una de naturaleza civil y la otra penal, básicamente por incumplimiento; lo que no es causal para la abstención. Frente a inhibiciones sin sustento el Consejo ejecutivo del Poder Judicial aprobó la Resolución Administrativa N° 276-2011-CE-PJ del

(260) Artículo 23 del NCPP. Se considerará interesados al imputado, al ofendido y a quieres pudieren constituirse como intervinientes en el procedimiento, aunque no lo hubiesen hecho, a sus representantes o defensores.

7 de noviembre de 2011 aprobando una directiva para regular este asunto. En la parte considerativa dijo lo siguiente:

> "Primero: Que el artículo 40, inciso 11, de la Ley de la Carrera Judicial contempla como causal de prohibición al juez para conocer un proceso cuando él, su cónyuge o conviviente, sus apoderados, sus parientes (dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad) o estudio jurídico del que haya sido parte, tengan o hubieran tenido interés o relación laboral con alguna de las partes. En este último caso, el impedimento se extiende hasta un año después de producido el cese de la relación laboral o la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual. Se exceptúan de la citada prohibición los procesos en los que fuera parte el Poder Judicial".

La Ley de Carrera Judicial Nº 29277 que complementa la Ley Orgánica del Poder Judicial. Establece prohibiciones del juez para conocer un proceso cuando haya tenido interés o vínculo laboral con alguna de las partes, y se extiende hasta un año después de culminada la relación laboral. Ahora se establece una excepción con relación al poder judicial cuando es parte, pues los jueces si bien tienen un vínculo laboral con este, cuando se trata de fallar responden a la ley.

> "Segundo: Que, evidentemente, dicha causal de impedimento tiene como propósito cautelar y defender la transparencia y ética de la función jurisdiccional, así como la garantía específica de imparcialidad que integra la garantía genérica del debido proceso. La garantía de imparcialidad cuida que el juzgador se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado.
>
> Tercero: Que uno de los principios del proceso es el de celeridad, el cual debe ser concordado con la garantía de imparcialidad. En tal virtud, se debe evitar que por la indebida invocación de la citada norma de la Ley de la Carrera Judicial se interrumpan los procesos por la vía de la inhibición, situación que importaría la negación de lo que realmente se busca, que es la de brindar una justicia pronta y cumplida".

En el segundo y tercer considerando se hacen referencia a principios y valores que orientan la administración de justicia y que la inhibición y recusación buscan resguardar. La ética y transparencia de la actuación judicial garantiza la imparcialidad. Sin embargo también está involucrado el principio de celeridad de allí que en la evaluación de supuestos de presunta parcialidad debe compulsarse con el de celeridad y el derecho al plazo razonable. En la resolución administrativa el cuarto y quinto considerando problematiza sobre si el

parentesco de consanguinidad o afinidad es suficiente para que el juez se aparte por presunto interés o relación laboral con alguna de las partes.

> "Cuarto: Que, por lo tanto, surge el tema de que si el solo hecho del parentesco por consanguinidad o afinidad sería mérito suficiente para que un juez se inhiba de conocer un proceso judicial, alegando, por ejemplo, la existencia de un interés o relación laboral con algunas de las partes que intervienen en una causa judicial.
>
> Quinto: Que el extremo que presenta mayor indeterminación del inciso 11 del artículo 40 de la citada Ley, es el referente a la frase '(...) tengan o hubieran tenido interés o relación laboral con alguna de las partes. En este último caso, el impedimento se extiende hasta un (1) año después de producido el cese de la relación laboral o la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual (...)'".

Examina el inciso 11 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial que es el que genera la mayor controversia. Por ejemplo desde una interpretación literal si la esposa del juez labora en la empresa que es parte de una demanda tendría que inhibirse y así se hace referencia en el considerando sexto pues ha ocasionado que invocado esa norma, algunos jueces, por el solo hecho de tener parientes que laboran en alguna institución pública o privada que es parte en el proceso que está bajo su conocimiento, han optado por la inhibición.

La resolución no desconoce los supuestos para que opere la inhibición y se constituye en una figura que pretende asegurar la imparcialidad tanto subjetiva como la objetiva.

> "Sétimo: Que no es ajeno a la función jurisdiccional la configuración normativa de un régimen adecuado para asegurar la imparcialidad del juzgador y el prestigio de los órganos jurisdiccionales. Es esencial, en suma, que un ordenamiento se encuentre inspirado en la libertad que quiere imbuir, incluso psicológicamente, a sus titulares, así como en la necesidad de responder por sus actos y de funcionar con transparencia.
>
> Octavo: Que es doctrina pacífica admitir una clasificación de la imparcialidad que atiende, junto a la garantía de independencia, una imparcialidad tanto objetiva como subjetiva. La imparcialidad subjetiva consiste en la ausencia de prejuicio en los miembros del tribunal, lo que siempre debe presumirse. La imparcialidad objetiva se define por la apariencia de posible parcialidad, nacida de cualquier relación o causa en el objeto del proceso. En ambos supuestos se obliga al juez a la abstención y se reconoce a las partes el derecho de recusación".

Entrando a la controversia generada por el artículo 40 inciso 11 de la Ley Carrera Judicial dice que sus contenidos son muy amplios porque no diferencia de que se trata el "interés", si es directo o indirecto; pero estima que están ante un interés directo, y en el caso del juez se entiende cuando este se vea afectado o beneficiado con los efectos del fallo judicial (ver considerando undécimo) Profundiza fijando criterios para establecer la distinción entre el interés directo e indirecto:

> "Duodécimo: Que la distinción entre interés directo e indirecto debe hacerse teniendo en cuenta si el beneficio que reporta o el perjuicio que evita la resolución judicial se produce de una manera directa en la persona o patrimonio del juez, o de forma mediata a través de personas interpuestas. Por consiguiente, el tratamiento jurídico procesal del vicio que supone la implicación del juez directamente interesado en la definición de la causa ante él planteada, se traduce en que este vicio se reconduce a la categoría de causa de nulidad absoluta del acto procesal por falta de aptitud subjetiva de uno de los miembros del órgano jurisdiccional.
>
> Décimo tercero: Que como resulta necesario que se dicten reglas de desarrollo del citado inciso 11 del artículo 40, corresponde estipular que para que se invoque esta causal de inhibición **no es suficiente que alguno de los parientes del juez trabaje en la institución que es parte en el proceso sometido a su conocimiento**. Se requiere que el pariente tenga algún puesto de importancia que, por su ubicación funcional, posea capacidad de decisión en la entidad, sea a título de miembro de directorio, gerente, director, jefe o funcionario con capacidad de toma de decisiones en la persona jurídica, pero no cuando se desempeñe como subordinado sin mayor capacidad de decisión dentro de la entidad pública o privada.
>
> Décimo cuarto: Que admitir la posibilidad de que un juez, por el solo hecho de tener un cónyuge, conviviente o pariente laborando en alguna institución que es parte en el proceso bajo su competencia, constituya causal suficiente para inhibirse, da lugar a que se retrase innecesariamente la resolución de los procesos y se vulnere el principio de celeridad y los deberes que tienen los jueces conforme a lo previsto en el inciso 1 el artículo 34 de la Ley de la Carrera Judicial.
>
> Décimo quinto: Que asumir irrazonablemente una interpretación tan amplia de dicho inciso, no solo lesiona los deberes antes mencionados, también atenta contra de la legitimidad social que debe gozar

> este Poder del Estado. Aun cuando con las causales de impedimento se busca que no se dude de la imparcialidad de un juez, estas instituciones –inhibición, abstención y recusación– no pueden ser usadas como pretexto para dejar de impartir justicia".

La resolución administrativa como un primer ajuste interpretativo al artículo 40.11 de la Ley de Carrera Judicial dice que esta tiene que ser restrictiva a un interés directo, de una persona que tenga lazos de parentesco de consanguinidad y afinidad con el juez. Precisa que es insuficiente que alguno de los parientes del juez trabaje en la institución que es parte en el proceso sometido a su conocimiento y que se requiere que el pariente tenga un puesto de jerarquía y tenga capacidad de decisión. Esto no es aplicable cuando en la institución o empresa sea un subordinado sin mayor capacidad de decisión.

Directiva N° 007-2011-CE-PJ "Lineamientos que desarrollan la aplicación del artículo 40, inciso 11, de la Ley de la Carrera Judicial",

> "I. CONSIDERACIONES A TOMAR EN CUENTA
>
> En la presente Directiva se plasman una serie de supuestos que no pueden considerarse como causales de impedimento a invocarse por los jueces para conocer o seguir conociendo un proceso.
>
> Como punto de referencia se tiene las relaciones que pueda tener el Juez con su cónyuge, conviviente, apoderado o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
>
> Así, por ejemplo, cuando alguna de esas personas labore en un estudio jurídico en calidad de empleado y no de abogado, no se encuentra motivo alguno para la inhibición, puesto que no tienen actividad procesal, por lo que el juez no puede alegar que no intervendrá en un proceso donde alguna de las partes viene siendo asesorada por el estudio jurídico en el que trabajan alguna de esas personas emparentadas con el juez.
>
> Otro supuesto que no puede invocarse como casual de impedimento es cuando alguna de esas personas trabaje en una institución pública o privada (independientemente del régimen laboral al que pertenezca), donde tenga la condición de empleada, sin ocupar un cargo de dirección o confianza; y, en todo caso, en tanto las funciones que desempeñe no tengan injerencia directa con el gobierno de tales entidades.

Lo mismo pasa cuando tales personas, o cuando el juez, tengan deuda con una entidad crediticia. Tal circunstancia no podría ser causal de impedimento porque es normal que cualquier ciudadano acceda a un crédito de aquellos que otorgan las instituciones financieras públicas o privadas que se encuentren bajo la competencia regulatoria de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones. Ergo, esa sola condición de deudor no puede configurar una causal para conocer un proceso, salvo que de por medio exista una controversia (judicial o extrajudicial), supuesto donde si sería lógico que se dé la incompatibilidad de intereses. No bastará, por lo tanto, que el Juez o las personas mencionadas tengan una tarjeta de crédito o un préstamo bancario.

El hecho de que un juez sea usuario de un servicio público (entiéndase agua, luz, telefonía fija o celular, televisión por cable, etc.), no es motivo de impedimento, igualmente, cuando el juez o alguna de las personas mencionadas haya sido padrino o madrina de promoción, graduación o colegiatura de alguno de los abogados que patrocina a las partes del proceso sometido a su conocimiento.

Este supuesto excluye el caso de los padrinazgos por motivos religiosos.

En este mismo sentido, que el juez (a) haya llevado cursos en una institución y esta sea parte en el proceso bajo su cargo no puede estimarse como causal de impedimento. Tampoco constituye motivo de impedimento cuando el juez (a) o las personas mencionadas sean docentes en una institución educativa (pública o privada), siempre que no ocupen cargos de responsabilidad insertos dentro de una línea de autoridad.

II. OBJETIVO

Dictar las normas necesarias que regulen aquellos casos que no pueden considerarse como supuestos de impedimento previstos por el inciso 11 del artículo 40 de la Ley de la Carrera Judicial.

III. FINALIDAD

Uniformizar y racionalizar los supuestos de inhibición que pueden invocar los Jueces.

Mejorar el servicio de justicia evitando la dilación innecesaria de los procesos judiciales.

Determinar supuestos que no constituyen causales de impedimento, inhibición o abstención.

IV. ALCANCE

Las normas contenidas en la presente directiva alcanzan a todos los Jueces de la República sin ninguna excepción.

V. BASE LEGAL

Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial, artículo 40. 11.

Código Procesal Civil, artículos 305, inc. 2; 307, incisos 2 y 5, y 313.

Código Procesal Penal de 2004, artículo 53M.a)

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1.Es deber de todos los jueces impartir justicia con independencia, celeridad, imparcialidad, razonabilidad y respeto de las garantías y principios que informan el proceso jurisdiccional al debido proceso.

6.2.Todos los jueces deben cumplir sus deberes funcionales de acuerdo a ley y evitar la dilación innecesaria de los procesos bajo su cargo.

6.3.Los jueces están incursos dentro de las prohibiciones previstas por el artículo 40 de la Ley de la Carrera Judicial, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad funcional.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. Para evitar la invocación injustificada de la causal de impedimento prevista en el inciso 11 del artículo 40 de la Ley de la Carrera Judicial (con relación al cónyuge, conviviente, apoderado o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad), no se comprende como impedimentos, entre otros, lo siguientes supuestos.

7.2. No se consideran causales de impedimento para que los jueces de la República sigan conociendo procesos bajo su cargo, con relación al cónyuge, conviviente, apoderado o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los siguientes:

a) Cuando alguna de esas personas trabaje en un estudio jurídico en calidad de empleado y no de abogado.

b) Cuando alguna de esas personas labore en una institución pública o privada (independientemente del régimen laboral al que pertenezca), donde tenga la condición de empleada, sin ocupar un cargo de dirección o confianza; y, en todo caso, en tanto las funciones que desempeñe no tengan injerencia directa con el gobierno y conducción de tales entidades.

c) Cuando esas mismas personas o cuando el juez tenga deuda con una entidad financiera pública o privada que se encuentren bajo la competencia regulatoria de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

La sola condición de deudor no se exige en causal válida para no conocer un proceso, salvo que exista una controversia al respecto, sin importar si esa controversia se encuentra en sede judicial o extrajudicial.

d) Cuando el juez o las personas mencionadas tengan una tarjeta de crédito.

e) Cuando el juez o las personas mencionadas son abonados o usuarios de un servicio público (entiéndase agua, luz, telefonía fija o celular, televisión por cable, etc.).

f) Cuando el juez o alguna de las personas mencionadas hayan sido padrinos o madrinas de promoción, graduación o colegiatura de alguno de los abogados que patrocina a las partes del proceso sometido a su conocimiento. Este supuesto excluye el caso de los padrinazgos por motivos religiosos.

g) Cuando el juez ha llevado cursos en una institución y esta sea parte en el proceso bajo su cargo.

h) Cuando las personas mencionadas sean docentes en una institución educativa (pública o privada), siempre que no ocupen cargos de responsabilidad insertos dentro de una línea de autoridad.

VIII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Los supuestos anotados precedentemente no tienen el carácter de numerus clausus. Queda a criterio de los jueces evaluar la existencia de otras causales que no darían lugar a su inhibición, siempre velando

por el cumplimiento de la garantía específica de imparcialidad y del principio procesal de celeridad".

La directiva tiene la finalidad de resguardar la imparcialidad pero no bajo motivos fútiles o sin fundamentos, pues se atenta contra la garantía de celeridad de los procesos judiciales.

II. Recusación

Para recusar a un juez, siempre es necesaria una petición, y la idea de esta institución está en que un juez cuya objetividad en el proceso penal es puesta en duda no debe resolver ese proceso tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia.(261)

Frente a la inhibición que es un apartamiento voluntario, las partes tienen como medio para atacar la presunta parcialidad del juez, la recusación que puede ser presentada por el Ministerio Público, el imputado, cualquiera de los demás intervinientes, cuando exista uno de los motivos enumerados en el artículo 22 o cuando invoquen algún otro motivo serio y razonable que funde el temor de parcialidad (art. 25) siguiendo al CPPMI.

La inhibición en el NCPP se considera como el apartamiento que obligatoriamente deberán realizar del proceso el juez que puede invocar y acreditar las siguientes causales (art. 53).

- Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal, incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial, por ejemplo, si su cónyuge fue la víctima del delito de robo, el magistrado se abstendrá de intervenir, pues por ese lazo le interesará que se condene al acusado.

(261) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. P. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 41.

- Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.

  Tanto la amistad como enemistad manifiesta puede poner en tela de juicio la imparcialidad judicial.

- Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.

  Si un juez ha sido acreedor o deudor del acusado, u otro sujeto procesal, ese vínculo que se basa en la confianza puede ser un elemento para dudar de su imparcialidad.

- Cuando hubieren intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.

- Si en el mismo caso el juez ha intervenido en calidad de asesor u órgano de prueba, también debe apartarse del proceso.

El artículo 53 establece causales, pero como númerus apertus, ya que en el inciso **e)** incluye cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

Estas causales dan datos objetivos de probable parcialidad del juzgador, pudiera ser lo contrario, pero se aconseja que si un magistrado ha tenido algún vínculo anterior con algún sujeto procesal, debe abstenerse de intervenir en el proceso judicial.

1. Trámite

La inhibición se hará constar por escrito, con indicación de la causal invocada. Se presentará a la Sala Penal Superior en el caso del juez de la investigación preparatoria y del juez penal, con conocimiento de las partes, y elevando copia certificada de los actuados. La sala decidirá inmediatamente, previo traslado a las partes por el plazo común de tres días.

El NCPP, en su artículo 54, establece los requisitos para plantear como medio de defensa la recusación, que también persigue el apartamiento del magistrado si es que está incurso en las causales de la inhibición y no lo hace voluntariamente.

La petición recusatoria se presentará por escrito, bajo sanción de ser declarada inadmisible, con la causal que se invoca que debe estar explicada con claridad y se adjunten si existiesen elementos de convicción.

Será rechazada la recusación si se interpone fuera del plazo legal que es dentro de los tres días de conocida la causal invocada.

Tampoco procederá el trámite de la recusación, luego del tercer día hábil anterior al fijado para la audiencia.

Si con posterioridad al inicio de la audiencia, el juez advierte –por sí o por intermedio de las partes– un hecho constitutivo de causal de inhibición, deberá declararse de oficio.

Recusación de juez que ha sido emplazado con acciones de garantía o queja disciplinaria

En el Acuerdo Plenario N° 3-2007/CJ-116, Lima, 16 de noviembre de 2007, el Pleno de Jueces Supremos decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de las recusaciones contra jueces a quienes una de las partes ha interpuesto una demanda de hábeas corpus o de amparo; además de queja disciplinaria. La regla vinculante es: "(…) la sola presentación de una recusación contra el juez de la causa bajo el argumento que se le ha interpuesto una demanda de hábeas corpus o amparo o una queja ante el órgano disciplinario del sistema judicial: Poder Judicial o Consejo Nacional de la Magistratura no justifica su estimación por el órgano jurisdiccional".

La imparcialidad según los considerandos del Acuerdo Plenario N° 3-2007, Lima, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, tiene dos dimensiones conforme doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una de carácter **subjetivo** y vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto –test subjetivo–; y la otra **objetiva,** esto es, las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y, la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] –test objetivo–.

Enfatiza el Pleno Supremo que es común que cuando a un juez se le demanda con una acción de hábeas corpus o de amparo por una decisión o cuando se le ha interpuesto una queja ante el órgano de control interno, casi en simultaneo se recuse al magistrado, invocando la causal genérica de temor de parcialidad establecida en el artículo 31 del Código de Procedimientos Penales. Aquí se está ante una causal de **imparcialidad subjetiva,** ya que el recusante

entiende que la convicción personal del juez, como consecuencia de las acciones en su contra, le resta apariencia de imparcialidad.

Pero se ha establecido que la imparcialidad subjetiva es una presunción *juris tantum,* por lo que no basta que el recusante señale que ha demandado o quejado al juez, ni la presentación del documento que acrediten las acciones interpuestas para considerar lesionada la imparcialidad del juez.

Se requieren indicios, datos objetivos y razonables que permitan sostener, con firmeza, la existencia de una falta de imparcialidad. El tribunal debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad. Se debe examinar la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, ha comprometido su imparcialidad.

Concordamos, pues, con la Corte Suprema que no es causal de inhibición y recusación queja disciplinaria ni demanda de garantía, pues esto conllevaría que una de las partes maliciosamente como algunas veces lo hacen accione indiscriminadamente con el juez para generar supuestos de imparcialidad. El análisis debe ir más allá

2. Reemplazo del inhibido o recusado

El magistrado inhibido o recusado será reemplazado por quien corresponda de acuerdo a ley y las disposiciones administrativas de la Corte Superior o Corte Suprema. Este reemplazo debe ser puesto de conocimiento de las partes.

La inhibición o recusación puede ser objeto de apelación e interpuesta ante el mismo magistrado, quien elevará el incidente al órgano superior inmediato para que este, dentro de tres días, decida en vía incidental. Esta decisión es inimpugnable.

3. Rechazo de la recusación

Cuando el juez considera que la recusación es improcedente por no estar incurso en la causal invocada puede rechazarla de plano y elevara las copias en el plazo de día hábil a la Sala Penal que se pronunciará dentro del plazo de tres días (art. 56) es importante la celeridad para decidir sobre la recusación de tal forma que el juez siga habilitado totalmente para resolver la causa puesta en su conocimiento.

4. Recusación de miembros de colegiado o todo el colegiado

Si un miembro del tribunal es recusado le corresponderá decidir al órgano colegiado integrándose con otro magistrado. La decisión es inimpugnable según el artículo 57 del NCPP, lo que podría resultar violatorio de la pluralidad de instancias sin embargo el Tribunal Constitucional respecto de esta materia ha señalado respecto de los medios impugnatorios y sus limitaciones solo están en el ámbito de derechos de configuración legal y no necesariamente constitucional. Este criterio lo encontramos en la STC Exp. Nº 9729-2005, del 6 de enero del 2006, que dice:

> "(…) este Tribunal Constitucional debe precisar que el contenido de la garantía consagrada en el artículo 139.4. de la Constitución, referida a la pluralidad de la instancia, permite que una instancia superior revise lo actuado por la instancia inferior, siempre que ello sea posible, conforme al diseño del proceso que corresponda; por ello, el contenido de las normas procesales que establecen los efectos con los que se deben conceder los recursos en los procesos ordinarios, no solamente es infraconstitucional, sino que, además, no forma parte del contenido constitucionalmente protegido o garantizado por la norma precitada.
>
> Lo contrario significaría aceptar que cualquier afectación de una norma procedimental ordinaria, en tanto que pudiera estar 'ligada' o "vinculada" a la garantía constitucional del debido proceso o a la tutela judicial efectiva, podría dar lugar a la interposición de una demanda de amparo o hábeas corpus, según corresponda, lo cual no solo es contrario a lo expuesto en el artículo 200 de la Constitución, sino que, además, impondría al Tribunal Constitucional la obligación de revisar la regularidad con que se han tramitado todos los procesos ordinarios, lo que en modo alguno está permitido por la Constitución Política del Estado".

5. Recusación contra miembros de colegiado

La recusación también puede plantearse contra todo el colegiado, por lo que deberá conocer de esta el órgano jurisdiccional que esté legalmente facultado. La regulación en las Cortes Superiores se deberá hacer vía resolución administrativa, para que otra instancia determine la procedencia o no de este medio de defensa.

6. Recusación de jueces supremos y caso del ex Presidente Alberto Fujimori

El problema puede generarse si la recusación es planteada contra un miembro de la Corte Suprema, en este caso, se tiene que habilitar a otro miembro para que defina si se acepta o no la recusación, y si es rechazada, no procede medio impugnatorio alguno. Hay un antecedente sobre la inimpugnabilidad de la decisión denegatoria y fue en uno de los procesos judiciales que afrontó el ex Presidente Alberto Fujimori, por lo que la defensa decidió utilizar una acción de hábeas corpus que obtuvo, en última instancia, pronunciamiento del Tribunal Constitucional STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC que vamos a continuación comentar.

6.1. Antecedentes

Este es un hábeas corpus presentado por la defensa de Alberto Fujimori en noviembre del 2009, emplazando a Jueces Supremos de la Sala Permanente de la Corte Suprema por vulneración de los derechos a recurrir las resoluciones judiciales y a la libertad individual. Había recusado a otros jueces supremos, y la Sala Penal recompuesta había rechazado a estas, y entonces se interpuso recurso de nulidad que también fue rechazado por la sala penal en aplicación del artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que era incompetente para conocer en grado de revisión los incidentes derivados en procesos penales que, en revisión y última instancia, se tramitan ante otra sala penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El caso tenía efectos indirectos sobre la sentencia que confirmaba la sentencia de condena de Alberto Fujimori por los Casos Barrios Altos y La Cantuta, y el secuestro del periodista Gustavo Gorriti y Samuel Dyer.

Los emplazados descargaron en el sentido que no podía conocer los recursos de nulidad planteados en los incidentes de recusación, porque este recurso carecía de configuración legal, y resultaría un exceso y un acto de arbitrariedad si se permitiera a un justiciable recurrir de todas y cada una de las resoluciones que se emitan en el interior del proceso, toda vez que un recurso solo se debe de conceder cuando exista una normativa que lo permita y una instancia que funcionalmente actúe como órgano revisor, por lo que no existía afectación de los derechos invocados.

Las instancias en el PJ declararon improcedente la acción de garantía con el argumento que el recurso de impugnación en el incidente de recusación de vocal supremo que no se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y son inimpugnables.

6.2. Competencia del TC

EL TC, antes de entrar al fondo del petitorio, problematizó, si existía competencia *ratione materiae* para conocer el fondo de la controversia en un proceso de hábeas corpus, de la siguiente forma:

> "Corresponde analizar, en primer término, si el proceso de hábeas corpus es la vía preestablecida para cuestionar la inconstitucionalidad alegada. El artículo 200, inciso 1, de la Constitución, establece que el proceso de hábeas corpus "procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". Sobre ello ha incidido el Código Procesal Constitucional, estableciendo que aquella relación de conexidad puede presentarse ante la alegada violación del debido proceso. En concreto, el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Constitucional –el cual prevé, enunciativamente, los derechos fundamentales protegidos por el hábeas corpus–, dispone que este '[t]también procede (…) en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso (…)'. Anteriormente a la dación del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ya había acogido expresamente esta tesis al aceptar la existencia del denominado 'hábeas corpus conexo', refiriendo que "si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, [la pretensión] guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con esta" (Cfr. STC Exp. Nº 2663-2003-PHC, f. j. 6 h.).

Los criterios para establecer si hay conexidad con el derecho a la libertad individual que debe ser empleado para dilucidar según el TC son los siguientes:

> "(…) si la persona que acusa violación del debido proceso se encuentra o no procesada penalmente (Cfr. RTC Nº 2833-2007-PHC, f. j. 5 –caso en el que el demandante tenía solo la condición de testigo en el proceso penal–; RTC Nº 2983-2008-PHC –caso en el que sobre el demandante pesaba tan solo un procedimiento administrativo sancionador–); si se encuentra o no privada de su libertad personal como consecuencia de una decisión derivada del proceso penal en el que supuestamente alguna garantía procesal iusfundamental ha sido inobservada (Cfr. STC Exp. Nº 4750-2007-PHC –caso en el que sobre el demandante pesaba una sentencia de pena privativa de libertad–; RTC Nº 5773-2007-PHC, f. j. 13 –caso en el que sobre el demandante solo pesaba un mandato de comparecencia simple–); o, en caso de no existir privación de libertad,

> si tal privación razonablemente adopta la forma de una amenaza cierta e inminente en razón de la supuesta violación de alguna de las manifestaciones del debido proceso o de la tutela jurisdiccional efectiva (Cfr. RTC Nº 5656-2007-PHC –caso en el que sobre el recurrente solo pesaba una investigación policial en etapa preliminar–) (…)".

Frente a este caso, el TC señaló que, en caso de ser estimada la acción de garantía, la consecuencia no sería la libertad de Alberto Fujimori, sino que se permite el recurso impugnatorio para que otra sala Suprema revise el auto que rechazaba la recusación, por lo que no teniendo vínculo con la libertad individual, podría ser declarado improcedente; sin embargo, también apreció que las recusaciones, que tendrían que valorarse, habían sido dirigidas a los vocales supremos que declararon no haber nulidad en la sentencia que condenó al ex presidente a una pena de 25 años de pena privativa de libertad y que no resultaba irrazonable sostener, desde otra óptica, una relación de conexidad entre la violación a la pluralidad de la instancia alegada y el derecho a la libertad personal del condenado. Estos raciocinios llevaron a que el TC admitiera duda respecto de la procedencia o improcedencia de la demanda, lo que fue resuelto aplicando lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que dice que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación, por lo que se declaró competente *ratione materiae*, para analizar la cuestión de fondo.

6.3. El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia

El Tribunal Constitucional, en esta sentencia, como marco conceptual señala que en uniforme y reiterada jurisprudencia, se ha estimado que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, que a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental. (Cfr. SSTC Exps. Nºs 1243-2008-PHC, f. j. 2; 5019-2009-PHC, f. j. 2; 2596-2010-PA, f. j. 4).

El derecho a la pluralidad de la instancia como derecho fundamental que tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal. (Cfr. RRTC Nºs 3261-2005-PA, f. j. 3; 5108-2008-PA, f. j. 5; 5415-2008-PA, f. j. 6; y STC 0607-2009-PA, f. j. 51).

En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocidos en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución.

6.4. El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia como derecho de configuración legal

Otra precisión que hace el TC es que el derecho a los medios impugnatorios, es de configuración legal, por el que se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior" (Cfr. SSTC Exps. Nºs 5194-2005-PA, f. j. 4; 10490-2006-PA, f. j. 11; 6476-2008-PA, f. j. 7) y que a su vez corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir" (Cfr. SSTC Exps. Nºs 5194-2005-PA, f. j. 5; 0962-2007-PA, f. j. 4; 1243-2008-PHC, f. j. 3; 5019-2009-PHC, f. j. 3; 6036-2009-PA, f. j. 2; 2596-2010-PA, f. j. 5).

El TC señala que la regulación que debe hacer el legislador debe respetar el contenido esencial que, por estar garantizado por la propia Norma Fundamental, resulta indisponible para el legislador. La delimitación debe ser realizada sin violar el contenido esencial del propio derecho u otros derechos o valores constitucionales reconocidos, y que se constituye en el parámetro de juicio para controlar la validez constitucional de los actos de los poderes públicos o privados. Este criterio ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 1417-2005-PA, f. j. 12, así:

> "Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.
>
> Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos 'en blanco', es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.
>
> Aquí se encuentra de por medio el principio de 'libre configuración de la ley por el legislador', conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y

> democrático de derecho. En tal sentido, este goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales".

El reconocimiento que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y en tanto derecho fundamental de configuración legal, delimitable por el legislador democrático, según el TC, no implica un derecho del justiciable de recurrir a todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso. Criterio sostenido en las SSTC Exps. Nºs 1243-2008-PHC, f. j. 3; 5019-2009-PHC, f. j. 3; 2596-2010-PA; f. j. 5, porque si esto fuera el legislador, carecería de margen de acción en la delimitación del derecho y sería contrario a los principios democráticos contenidos en los artículos 43 y 93 de la Constitución (principio de separación de poderes y de representación de la Nación).

6.5. Delimitación *prima facie* del contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia

En la línea de resolver el caso, el TC trata de determinar cuál es el contenido esencial, prima facie, del derecho a la pluralidad de la instancia, es decir, el núcleo mínimo que resulta **indisponible** para el legislador. Señala el TC que dicha determinación implica responder las preguntas: ¿Qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables? ¿Cuántas veces tales resoluciones son susceptibles de impugnación? La respuesta a la segunda pregunta adelanta el TC en su décimo quinto considerando que ya ha sido contestado en el sentido que queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas, criterio sostenido en la RTC Nº 3261-2005-PA, f. j. 3 y STC Exp. Nº 6149-2006-PA, ff. jj. 26-27.

Queda entonces responder al TC: ¿qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables?

El TC por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, considera necesario acudir a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, y a la interpretación que de estos realizan los tribunales internacionales competentes. Sobre el tema el artículo 8, inciso 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece

que "(…) durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad", como garantía mínima, "a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" y el artículo 14, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dice que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

Como una primera conclusión, el TC considera que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, **el derecho de toda persona a recurrir a las sentencias que le impongan una condena penal**. Como conclusión derivada, el tribunal interpreta que dicha previsión fundamental busca proteger directa y debidamente el derecho fundamental a la libertad personal, también pertenece al contenido esencial del derecho, el tener oportunidad de recurrir a toda resolución judicial que imponga directamente a la persona una medida de coerción personal, por ejemplo, la impugnación a una medida de medida de detención judicial preventiva.

Se deja librado al legislador las condiciones para la procedencia del recurso, sin perjuicio de lo cual, debe precisarse que aquellas no pueden representar obstáculos irrazonables para el acceso al recurso y para su debida eficacia. Una legislación en contra de estos preceptos colisiona con el criterio del TC en el sentido que no cabe que legalmente se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio, y sostenidos en las (SSTC Exps. Nºs 5194-2005-PA, f. j. 5; 0962-2007-PA, f. j. 4; 1243-2008-PHC, f. j. 3; 5019-2009-PHC, f. j. 3; 6036-2009-PA, f. j. 2; 2596-2010-PA, f. j. 5). En esta línea, nos recuerda el TC que también se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 161 cuando afirma que "(…) no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces', es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (…)".

El TC considera que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, comprende el derecho a recurrir a la sentencia emitida en procesos distintos del penal, entendida como la resolución judicial que, por vía heterocompositiva, resuelve el fondo del litigio planteado, así como toda resolución judicial que, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, tiene vocación de poner fin al proceso(262).

(262) STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC. Vigésimo primer considerando.

Siendo el medio impugnatorio un mecanismo de revisión de una instancia inferior por uno superior, el TC razona respecto del fundamento de este criterio en su vigésimo segundo considerando así:

> "Ahora bien, tanto el artículo 14, inciso 5, del PIDCP, como el artículo 8, inciso 2, literal h), de la CADH, señalan que el derecho al recurso debe ejercerse ante un juez o tribunal "superior". A juicio del Tribunal Constitucional, esta exigencia guarda relación con una característica del telos del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una razón más experimentada en comparación con aquella que emitió la primera resolución. Dado que en abstracto no es posible garantizar subjetivamente dicha mayor cualificación, los sistemas jurídicos buscan garantizarla, usualmente, a través de presunciones sustentadas en criterios objetivos tales como la mayor jerarquía, rango o grado del tribunal revisor, y la presencia de exigencias para el nombramiento más rigurosas en función de la jerarquía del cargo judicial en el que se pretende ser nombrado".

Este razonamiento guarda sindéresis con el fundamento de aforamiento de los altos funcionarios públicos para su juzgamiento en la Corte Suprema en la medida que, siendo la máxima instancia y estando compuesta por magistrados de larga trayectoria en el poder judicial, el conocimiento, la prudencia y el rigor es mayor que en las primeras instancias lo que como regla general garantiza un debido proceso para el justiciable. A esto se refiere el TC cuando señala una razón experimentada.

El TC establece, sin embargo, que aún en esta máxima instancia se permite la revisión tratándose de sentencias condenatorias y resoluciones que inciden directamente en la libertad personal del acusado porque son parte del contenido esencial del derecho a la instancia plural. Pero en asuntos distintos: "(…) la determinación de recursos contra resoluciones judiciales emitidas por tribunales colegiados, pertenece al ámbito de configuración legal del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, mas no a su contenido constitucional esencial o indisponible"[263].

El TC en forma resumida, prima facie y sin perjuicio de ulteriores, establece en esta sentencia comentada el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia expresadas en el derecho de toda persona a recurrir contra[264]:

(263) STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC. Vigésimo cuarto considerando.
(264) Ibídem, Vigésimo quinto considerando.

- La sentencia que le imponga una condena penal.
- La resolución judicial, que le imponga directamente una medida, sería de coerción personal.
- La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.
- La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.

6.6. Análisis constitucional del caso concreto

El TC recuerda que la postura del recurrente es que el derecho a impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, pertenece al contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia; sin embargo, a la luz de lo expuesto en el fundamento 25 de la STC, ese derecho no pertenece al contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, pues con su ejercicio no solo no se pretende cuestionar una sentencia condenatoria, alguna medida que restrinja la libertad personal o alguna resolución que pretenda poner fin a un proceso, sino que, además, las resoluciones que se alegan como recurribles, han sido emitidas por un órgano jurisdiccional colegiado, conformado por magistrados que ostentan la máxima jerarquía en el Poder Judicial.

Sin perjuicio de la interpretación analógica frente a vacíos de la norma procesal o de favorabilidad al procesado, el TC reconoce la validez de la interpretación que realizó Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República de la siguiente forma(265):

> "(…) la recusación de un Juez Supremo tiene su propio procedimiento preestablecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya decisión no es susceptible de impugnación, por cuanto la Corte Suprema es última instancia de fallo (…) [N]o es posible en vía de hecho establecer procedimientos no previstos legalmente, como sucede en el caso de recurrir vía recurso de nulidad la decisión que desestima recusaciones

(265) STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC. Cuadragésimo cuarto considerando.

> contra miembros de la última instancia de fallo de este Poder del Estado. Asimismo, cabe precisar [que] bajo el manto de la pluralidad de instancias –el cual se circunscribe principalmente [a] las decisiones de fondo–, no es posible crear procedimientos o competencias no preestablecidas por incidentes surgidos dentro de la propia Corte Suprema (…) En tal sentido es de concluir que la Sala Penal Permanente no viene a ser un órgano jurisdiccional habilitado para conocer del proceso ni de los incidentes derivados de este, ni mucho menos es un órgano jerárquicamente superior con relación a la Primera Sala Penal Transitoria, por lo que carece de competencia (funcional) para conocer en grado del recurso de nulidad del incidente de recusación contra los Jueces Supremos de la Primera Sala Penal Transitoria (…) [P]odría decirse que con la decisión que emita este Colegiado se estaría vulnerando el principio de pluralidad de instancia. Sin embargo, ello no resultaría certero, pues (…) el derecho a la pluralidad de instancias no implica el derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso, se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, cabe la impugnación (…) En tal sentido (…), [impugnar una resolución] será posible cuando la impugnación se encuentre expresamente prevista, exista normativ[a] que lo permita y exista una instancia funcionalmente superior a la que recurrir; por ello, se concluye que la decisión que se pretende recurrir resulta inimpugnable".

La validación de este criterio de la Sala Penal Permanente se sustenta, a criterio del TC, en el Principio 20 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985 que reconoce que el derecho a un recurso de revisión no es exigible en materia de recusación cuando la decisión ha sido adoptada por el Tribunal Supremo del respectivo Estado. Concretamente, el referido principio reza así: "Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo [de jueces] estarán sujetas a una revisión independiente. **Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo (…) en los procedimientos de recusación o similares**" (énfasis agregado). Considera el TC que esta postura se encuentra implícitamente En el artículo 41 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que no prevé recurso alguno contra la resolución que resuelve los recursos de recusación contra sus magistrados.

Además, asume el TC esa interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que, contra las resoluciones judiciales supremas que resuelven recusaciones planteadas contra otros magistrados supremos, no cabe recurso alguno, deriva implícitamente del artículo 150 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, el cual al aludir al caso de recusaciones contra vocales de una Sala Suprema, no prevé expresamente recurso alguno contra las resoluciones judiciales que las resuelven.

Esta posición también guarda coherencia con lo dispuesto por el artículo 57 del NCPP que señala que, en caso de recusación a jueces, "cuando se trata de miembros de órganos jurisdiccionales colegiados (…) corresponderá decidir al mismo órgano colegiado integrándose por otro magistrado. **Contra lo decidido no procede ningún recurso**. Si la recusación es contra todos los integrantes del órgano judicial colegiado, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por la Ley".

Luego de este largo recorrido argumentativo, el TC concluye:

> "En definitiva, a la luz de las consideraciones expuestas, dentro del marco de las interpretaciones que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente posibles, aquella en virtud de la cual las resoluciones judiciales supremas que desestiman un recurso de recusación son inimpugnables, es la que, en este caso, en última instancia, ha sido considerada como más razonable por la Corte Suprema de Justicia de la República, máxima intérprete en dicho marco de posibilidades. Por ende, al no haberse violado el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, ni tampoco ningún ámbito de este derecho que haya sido configurado por el legislador democrático, las resoluciones judiciales cuya declaración de nulidad se solicita en este proceso, no resultan violatorias del referido derecho fundamental reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución. La demanda, en consecuencia, debe ser desestimada".

Somos de la opinión frente a esta posición del Tribunal Constitucional que ha desarrollado una argumentación contradictoria, pues ya, con la procedencia del examen de fondo, había establecido que la recusación sí tenía vinculación con el derecho a la libertad individual, pues los vocales supremos recusados habían confirmado la sentencia de condena de 25 años; sin embargo, la conexión con el derecho a la libertad individual era muy lata, pues si era fundado el Hábeas Corpus, la Sala Permanente de la Corte Suprema tendría que haber admitido el recurso de Nulidad, y tendría que haber revocado el rechazo

de la recusación de tal forma que esto implicaba la salida de los vocales recusados y se tendría que completar la sala para hacer resolución, porque los no recusados mantendrían sus votos, y para tener un efecto en la libertad individual, tendría que haber revocado la sentencia de primera instancia, lo que no significaba la libertad, sino retrotraer hasta la nulidad, renovando los plazos de detención preventiva, y si estos se habían vencido, el ex presidente tampoco podría haber salido en libertad, porque tenía otra sentencia con pena efectiva en su contra.

Nos parece un argumento más sólido que, para la recusación vista por un órgano colegiado supremo, la Ley Orgánica no ha previsto una instancia de apelación, pues siendo un derecho fundamental de configuración legal, el legislador ha puesto el límite a este en la medida que, asumiendo que el caso está aforado en una Sala Penal de la Corte Suprema, esto es, ante una **razón más experimentada**, el auto que rechaza la recusación es inimpugnable.

6.7. Inhibición de secretarios y auxiliares

Los supuestos aplicables a los magistrados, que hagan dudar de una actuación imparcial, también se extienden a los secretarios o auxiliares, de tal forma que estos pueden inhibirse voluntariamente o el órgano judicial puede aceptar la recusación y reemplazarlo inmediatamente por el facultado por ley (art. 58).

La recusación ni la inhibición pueden paralizar el proceso principal dada su naturaleza incidente; sin embargo, el juez solo podrá realizar todas las diligencias descritas en el artículo 52 como resolver sobre la libertad o privación de la libertad del imputado, así como actuar diligencias de carácter urgente e irrealizable ulteriormente o que no permitan ninguna prórroga.

PARTE III

INTERVINIENTES EN EL PROCESO

Capítulo I
Los sujetos procesales

Los sujetos procesales constituyen el elemento subjetivo del proceso penal, y son los que tienen un interés para actuar o interactuar a efectos de que se tutelen sus derechos tanto en las decisiones interlocutorias como en las finales. Desde un ámbito de elementos de estos sujetos, además del interés, tenemos la legitimidad de ser parte en el proceso, es decir, que estén investidos de capacidad procesal, de tal forma que puedan producir actos procesales, ejercer su defensa, y recurrir a las resoluciones que le son adversas.

Participan en el debate contradictorio, porque tienen facultades para contradecir o refutar las hipótesis contrarias a sus intereses. Poseen garantías que las protegen, pero también tienen obligaciones que deben cumplir.

I. El Ministerio Público

Se rastrea la génesis de esta institución a fines de la Edad Media, pero el Ministerio Público, como se concibe en estas épocas, fue producto de la reforma de la justicia penal del siglo XIX. El sistema inquisitivo reformado consolidó un ministerio público definido "más que como **parte en** el procedimiento, como órgano de persecución **objetivo e imparcial**, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la meta, de colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho Penal material. Con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado, esto es, por ejemplo, cuando retiraba la acusación, característica que le ha valido el título de defensor de la legalidad o custodio de la ley y, más modernamente, de órgano de la administración de justicia"[(266)]. De allí que actualmente su labor y el monopolio de la acción penal cimente los sistemas acusatorios.

Beccaria reconocía la necesidad del acusador público, sin embargo estimaba que debía ser controlado respecto de su actuación así: "Es opinión del

(266) BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal contemporáneo*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p, 29.

Sr. Montesquieu que las acusaciones públicas son más conformes al gobierno republicano, donde el bien público debe formar el primer cuidado de los ciudadanos que al monárquico, donde esta máxima es debilísima por su misma naturaleza, y donde es un excelente establecimiento destinar comisarios que en nombre público acusen a los infractores de las leyes. Pero así, en el republicano como en el monárquico debe darse al calumniador la pena que tocaría al acusado"[(267)]. Un fiscal autoritario, arbitrario falto de objetividad debe responder por su actuación como tal, incluso ser sujeto de demanda de indemnización.

El CPPMI propugna la existencia de un Ministerio Público que **tenga como funciones** el ejercicio de la persecución penal de los hechos punibles perseguibles de oficio, que dependan o no dependan de una instancia particular o de una autorización estatal, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley como lo son las acciones privadas. Tiene a su cargo el procedimiento preparatorio (Investigación preparatoria en el NCPP) y dirigirá la policía en su función judicial (art. 68).

El Ministerio Público debe guiarse en el ejercicio de la función por el principio de Objetividad que consiste en adecuar sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley penal. Implica que deberá presentar los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aun en favor del imputado (art. 69). En la Investigación Preparatoria del NCPP se dice que una de las finalidades es reunir las pruebas de cargo y de descargo, recogiéndose este principio de objetividad.

Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados, y en el ejercicio de sus funciones tendrá poderes autorizados por los códigos procesales (art. 71).

La actividad fiscal debe estar fuera de toda motivación extra legal, de allí que si tuviese alguna causal similar para la recusación de jueces deberá apartarse (art. 72). Lo que nos parece adecuado, para que el investigado tenga la garantía de un funcionario que respeta la legalidad. El Código Procesal de Costa Rica ha reconocido esta forma de concebir la actividad de la fiscalía (arts. 62 a 64).

El Código Procesal Penal de Chile establece que los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley y practicarán todas las diligencias conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción **al principio de objetividad (**art. 77). Observamos la fuerte influencia de este principio en la actuación de

(267) BONESANA, César. Ob. cit., p. 87.

la fiscalía. Además tiene obligaciones de tutela de la víctima, que en el sistema nacional queda desprotegida, y el fiscal se concentra a veces solo en buscar la condena del acusado.

1. Antecedentes en el Perú(268)

Como antecedente remoto del Ministerio Público tenemos al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias y su función fue establecida en 1542, al instalarse la Real Audiencia de Lima y después la del Cusco.

Los miembros del Ministerio Público fueron parte del Poder Judicial y se mantuvo durante la época republicana. Desde la instalación de la Alta Cámara de Justicia y la creación de la Corte Suprema, en 1825, el Ministerio Público siempre estuvo incorporado al aparato judicial, de allí que Cubas Villanueva refiera que desde que el Perú surgió a la vida Republicana hasta la Constitución de 1993 el Ministerio Público estuvo concebido como dependiente del Poder Judicial y actuaba como auxiliar ilustrativo del juez o del tribunal(269). Era una suerte de apéndice de los órganos judiciales.

En la Constitución de 1823 no existía la referencia del Ministerio Público. La Constitución de 1826 solo regulaba la existencia de un fiscal a nivel de la Corte Suprema. En el Estatuto político de 1828, se precisaba que la Corte Suprema estaba constituida por siete vocales y un fiscal; las Cortes Superiores también deberían tener un fiscal, luego hace mención a los agentes fiscales cuya competencia era a nivel de primera instancia.

La Convención de 1855 aprobó la Ley sobre organización del Ministerio Público, que tenía funciones de supervigilancia del Poder Judicial y del Fiscal de la Nación sobre los fiscales de las cortes y agentes fiscales. Tenían la facultad de dictaminar en los asuntos y casos que le competían según la Ley de ministros; cuidar que todo funcionario público cumpliera la Constitución y las leyes; dar parte al Congreso sobre las infracciones de cualquier funcionario de la República, inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público o corporación legal sin excepción alguna, dando parte de los abusos y de las transgresiones de las normas legales y reglamentarias; cautelar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los tiempos designados. Ya se prefiguraba su rol de defensor de la legalidad.

(268) Extraída de <http://www.mpfn.gob.pe/ministerio> [Fecha de consulta: 7 de abril de 2014].
(269) CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "El Ministerio Público y la investigación preparatoria". En: *El Nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 230.

En 1863, se promulgaron y entraron en vigencia los Códigos Penal y el de Enjuiciamiento en Materia Penal. En este último cuerpo normativo se legisla y regula jurídicamente acerca del Ministerio Público y aquí los fiscales son considerados como titulares de la acción penal conjuntamente con los agraviados.

En 1920, fue aprobada la nueva Constitución Política por la Asamblea Nacional, durante el Gobierno de Augusto B. Leguía. En ella, se hacía referencia normativa a los Fiscales de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores y a los Agentes Fiscales de los Juzgados de Primera Instancia, sin precisarse las competencias, por lo menos las genéricas.

El 2 de enero de 1930 se promulgó el Código de Procedimientos en Materia Criminal y en el artículo 2 se precisó que el ejercicio de la acción penal era público, siendo asumido por el Ministerio Fiscal. Su organización, constitución, competencias, prohibiciones; se encomendaba al Ministerio de Justicia el ejercicio del control sobre los integrantes del Ministerio Público o el Ministerio Fiscal como se le denominaba siguiendo al modelo francés que subsiste hasta la fecha. La instrucción podía iniciarse de oficio por parte del juez instructor, por denuncia del Ministerio Fiscal o del agraviado. El Ministerio Fiscal no tenía el monopolio en el ejercicio de la acción penal, teniendo participación en el desarrollo del procedimiento como parte y después dictaminando en el juicio oral y acusando.

La Constitución de 1933 reguló que debería haber fiscales a nivel de Corte Suprema, de Cortes Superiores y Juzgados. En 1940, entró en vigencia el Código de Procedimientos Penales. En las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, de 1912 y 1963, el Ministerio Público fue regulado como institución autónoma, pero formando parte del Poder Judicial, con el nombre de Ministerio Público o Ministerio Fiscal. En la Constitución de 1979 se establece que es una institución autónoma.

El Ministerio Público funciona con base en la Ley Orgánica dictada por el Decreto Legislativo N° 052 del 19 de marzo de 1981, vigente a la fecha, con las modificaciones de la Constitución Política de 1993 y suspensiones por las disposiciones legales que dispusieron su reorganización, desde el 18 de junio de 1996 hasta el 6 de noviembre de 2000, día en que se promulgó la Ley N° 27367, que desactivó la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

La Constitución Política del Estado, vigente desde el 31 de diciembre de 1993, regula al Ministerio Público en sus artículos 158, 159 y 160; como el titular en el ejercicio público de la acción penal. Las atribuciones están precisadas en el artículo 159, así:

Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.

3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

La definición del rol del Ministerio Público está prevista en el artículo 1 de su Ley Orgánica, que señala:

- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado

- Tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos

- La representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil.

- También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones

Observamos que el Ministerio Publico es un pilar del Estado de Derecho, pues de le reconoce rango constitucional. Tiene como función la defensa de la legalidad pues realiza la persecución a quien la haya trasgredido. Es un defensor de los derechos de las personas y también del interés público, aquello que tiene relevancia social.

Vela por la familia y los menores, que tienen tutela de la Constitución, y además porque pueden atravesar situaciones de vulnerabilidad. Se le ha encargado no solo perseguir el delito sino dentro de una línea de prevención debe realizar acciones para evitar la comisión de ilícitos.

2. El defensor de la legalidad y el NCPP

El Ministerio Público es titular de la acción penal y puede actuar bajo cuatro supuestos. De oficio, si le llega una noticia criminal por vía indirecta o directa puede promover investigación de un hecho punible. La víctima también puede acudir a la fiscalía a efectos que ejercite la acción penal, y por acción popular, que implica que cualquier ciudadano que tiene noticia de un delito tiene facultad de poner en conocimiento de la fiscalía para que proceda de acuerdo a sus atribuciones. Y por último, la policía nacional también tiene facultades de poner en conocimiento de la fiscalía si hay algún elemento que le obligue a investigar (art. 60.1 del NCPP).

Es el fiscal el que conduce desde su inicio, porque tiene la dirección estratégica de los casos que va a llevar al poder judicial. No tiene sentido que la policía haga una investigación si es que el fiscal no interviene en la misma. La Policía Nacional tiene la obligación de cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

3. Atribuciones y obligaciones

El fiscal como funcionario público defensor de la legalidad y titular de la persecución penal debe actuar en el proceso penal con independencia de criterio, esto le permite evitar y rechazar cualquier tipo de influencia en sus decisiones, de intromisiones indebidas. Sus actos los realiza con base en criterios objetivos, de los elementos de convicción que examinados críticamente le permiten formular acusaciones, o de lo contrario solicitar sobreseimiento. La objetividad debe estar por encima de criterios subjetivos o prejuicios o la influencia de terceros para actuar cuidándose de hacerlo arbitrariamente. La base normativa que regula su actuación son la Constitución y la ley. Además debe ceñirse a las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación, que sean compatibles con la carta política y el respecto de los derechos fundamentales (art. 61.1).

Por el principio acusatorio, el fiscal conduce la investigación preparatoria, fase en la que practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan al caso concreto a efectos de reunir las evidencias que le permitan tener una causa probable. Debe indagar no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino que bajo la regla de objetividad le corresponde

tener en cuenta aquellos datos que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. A esto se refiere cuando se señala que el fiscal debe reunir la prueba de cargo sino la de descargo. El fiscal bajo las reglas de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, legalidad solicitará al juez las medidas cautelares necesarias y cuando corresponda a efectos de garantizar la eficacia de la investigación (art. 61.2).

Está facultado para intervenir permanentemente en el desarrollo del proceso, siendo el titular de la persecución penal representando a la sociedad en juicio. Está legitimado activamente para interponer los recursos y medios impugnatorios contra resoluciones que van contra los intereses que representa siempre que tengan regulación legal (art. 61.3).

Cuando exista algún elemento que haga que se dude de la objetividad con la que debe actuar el fiscal, como, por ejemplo, estar incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53[270] del NCPP, deberá apartarse del conocimiento de una investigación o proceso. Si no lo hace, le acarreará responsabilidad disciplinaria y existirán efectos negativos en los actos procesales que estarán viciados de nulidad.

El fiscal no puede estar librado a una actuación sin controles pues su actividad tiene efecto sobre derechos y garantías de los procesados y asi se conforma en la STC Exp. N° 6204-2006-PHC/TC, donde se explicitan las razones del control de los actos del Ministerio Público que como órgano constitucional está sometido a la Constitución, y no puede ejercer la acción penal, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

El Ministerio Público es jerarquizado y vertical, a diferencia del Poder Judicial, donde si bien existe jerarquía, no es tan rígida, porque existe independencia en cuanto a la decisión del juez. El fiscal superior conforme al

(270) a) Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.

b) Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.

c) Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.

d) Cuando hubieren intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.

e) Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

artículo 62.1 puede de oficio o a instancia del afectado, reemplazar al inferior cuando este no cumple adecuadamente con sus funciones o incurre en irregularidades. También puede reemplazarlo si, haciendo indagaciones previas, considere que el fiscal esté incurso en las causales de recusación establecidas respecto de los jueces. Esto se hace para garantizar una debida investigación fiscal.

El juez está obligado a admitir la intervención del nuevo fiscal designado por el superior, con base en que las decisiones del Ministerio Público en cumplimiento de su rol no pueden ser cuestionados por el Poder Judicial, base del sistema acusatorio.

El sustento normativo de la actividad del Ministerio Público, y la distribución de funciones están señalados en el NCPP y lo no previsto en su Ley Orgánica Dec. Leg. N° 052. Le corresponde a la cabeza de ese ente, el Fiscal de la Nación, la distribución de funciones de los miembros del Ministerio Público.

La fiscalía formalmente expresa sus decisiones en el ámbito de sus facultades de persecución penal en disposiciones y requerimientos y conclusiones que estarán motivadas y serán específicas. Estas deben bastarse por sí misma para poder entenderlas sin precisar que se remitan a las decisiones del juez y disposiciones o requerimientos anteriores. Esta regla lo que hace es prohibir las motivaciones por remisión (art. 64.1). Aquí se advierte la influencia del CPPMI que justamente señala que las peticiones deben ser sustentadas y evitar la motivación por remisión.

Las disposiciones, requerimientos y conclusiones procederán oralmente en la audiencia y en los debates, y por escritos en los demás casos. Esto obliga a los Fiscales a adiestrarse en la fundamentación oral de sus peticiones al ser presentadas en audiencia.

4. Actuación del Ministerio Público en la investigación del delito

El Ministerio Público como titular de la acción penal, durante la investigación del delito, debe obtener los elementos de convicción, que sean el resultado de los actos de indagación o averiguación que haya realizado, que permiten la acreditación de los hechos delictivos que van a constituir la imputación contra un sujeto activo de un delito, que deberá ser debidamente identificado y también los partícipes o cómplices si existiesen (art. 65).

Apenas tenga noticia de la comisión de un delito está obligado, en cumplimiento de un deber funcional de diligencia y como defensor de la legalidad a efectos de evitar la impunidad, a realizar las primeras Diligencias Preliminares de por sí o también podrá encargar que las realice la Policía Nacional.

Si el fiscal dispone que deba intervenir la Policía Nacional, deberá expresar con claridad cuál es el objeto de la investigación. En este mismo encargo, el fiscal deberá preocuparse por señalarles expresamente las formalidades jurídicas que deberán reunir los actos de averiguación para que se garantice la validez, pues serán el sustento para que esté presente una futura acusación. De no hacerse con esa claridad, se corre el riesgo que el acopio de elementos de convicción se pueda colisionar con la ley o con garantías constitucionales que ponga en cuestión los resultados de las averiguaciones.

En general, la función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del fiscal, quien tiene la dirección jurídica del caso, y porque él sustentará en el futuro ante el Poder Judicial respecto de una causa probable; por eso, le corresponde decidir la estrategia de investigación más adecuada al caso y planeará y coordinará con los entes que corresponda, no solo la Policía Nacional que es la institución auxiliar principal, sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la investigación. Pero así como busca los elementos de convicción para acusar a una persona, tiene como obligación garantizarle al investigado el derecho de defensa y los derechos fundamentales que le corresponden como persona humana. Además deberá ser diligente y eficiente para garantizar la regularidad de las diligencias que se realicen para el esclarecimiento del caso, por ejemplo, cuidarse que la investigación se realice en un tiempo razonable para no tener en permanente sospecha a un investigado que puede acudir a las acciones de garantías para el resguardo de sus derechos y obtener tutela constitucional.

5. Poder coercitivo

El NCPP le ha dado al Ministerio Público facultades coercitivas limitadas y que no requieren resolución judicial. Los supuestos son que, en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional. Una vez que se realice la diligencia o antes de que transcurra 24 horas de ejecutada la medida de fuerza, el fiscal dispondrá su levantamiento bajo responsabilidad.

Esta facultad de la fiscalía habría que compatibilizarla con la Constitución Política, puesto que la conducción compulsiva se trata de una verdadera detención con el límite de 24 horas. El fundamento constitucional está en la regla del artículo 2 inciso 24.b, que dice: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Capítulo II
La policía

I. Antecedentes

A partir de la República se comienza a estructurar la entidad policía con misión y funciones propias. Los primeros Cuerpos de Policía aparecen formando parte de las Fuerzas Armadas, en el periodo de 1825 a 1839. En esa época los serenos y vigilantes tienen a su cargo funciones de policía. El año de 1821, Don José de San Martín crea la "Guardia Cívica" cuya función era mantener el orden público, siendo su primer Inspector General José Bernardo Tagle y Portocarrero, Márquez de Torre Tagle. En la primera constitución Política de 1823 se establece la creación de tres Ministerios: el de gobierno y Relaciones Exteriores, el de Guerra y Marina; y el de Hacienda. La Fuerza Armada y Policía estaba constituida así: las Fuerzas Armadas de tierra, el Ejército de línea, la Milicia Cívica y la Guardia de Policía, priorizando la Milicia Cívica que se encargará de mantener la seguridad pública entre los límites de cada Provincia (art. 168 de la Primera Constitución del Perú).

Durante el mandato de Don Simón Bolívar, el 7 de enero de 1825, se crea la Guardia Nacional, en base de personal licenciado del ejército, organizado bajo un sistema netamente militar. En la denominada Constitución Vitalicia, de 1826, se especifica que la función policial se independizaba del gobierno municipal (que era rezago de la época virreinal), pasando al Ministerio de gobierno por intermedio de las Prefectura e Intendencias.

El 20 de enero de 1827 se creó el Primer Reglamento de Policía, durante el gobierno del Mariscal Don Andrés de Santa Cruz. Durante el gobierno del General don José Rufino Echenique Benavente, el 14 de abril de 1852, se reorganiza las Fuerzas de Policía en un solo cuerpo Policial que se denominaría Gendarmería, concentrando a los cuerpos de Policía de Serenos y vigilantes con la finalidad de mantener la seguridad pública.

El 7 de agosto de 1861 esta estructura es disuelta y se forman en su reemplazo dos batallones, que se denominarían: los batallones de Gendarmes Uno

y Dos. El número uno tomaría como sede el Cuartel Santa Ana, Barrios Altos dando origen, años después, a la Guardia Republicana (1919).

Don Manuel Pardo y Lavalle asume la presidencia el 2 de agosto de 1872, siendo una de sus primeras acciones: Reorganizar las Fuerzas Policiales, estableciendo una división de funciones así:

- Organización del Vecindario.
- Servicios Especiales de Policía.
- Fuerza Regular de Policía. Esta a su vez se dividía en Guardia Civil y
- Gendarmería (a caballo con labor de Policía Rural).

Durante la gestión gubernamental de Augusto B. Leguía se contrató una Misión Española, para asesorar en la restructuración de la policía, y el 3 de Julio de 1922, se crea la Escuela Nacional de Policía con la finalidad de organizar un Cuerpo de Guardia Civil similar al de España.

El 15 de setiembre de 1948 se creó el Cuerpo de Investigaciones, policía civil, conocida luego como Policía de Investigaciones del Perú(271). Ya en el gobierno del General Manuel A. Odría que dio un golpe de Estado y destituyó al presidente Bustamante y Rivero, se formaron los tres cuerpos policiales con misión y funciones específicas: La Guardia Civil del Perú, La Policía de Investigaciones del Perú y la Guardia Republicana del Perú. En el primer Gobierno del presidente Alan García Pérez se integra las Fuerzas de Policía en una sola Institución, y por Ley N° 24949 de 1988, se crea la Policía Nacional del Perú, asumiendo este nuevo ente policial la organización y funciones de las instituciones primigenias, GC, GR y PIP.

Debe tenerse en consideración que, en la década de los 80 y 90, la Policía Nacional tuvo un rol preponderante en la desarticulación de las organizaciones subversivas a partir de la inteligencia operativa, por lo que sin desconocer los problemas que sacuden las instituciones del Estado como la corrupción, es de reconocer la valía de este ente auxiliar de la Fiscalía en la persecución del delito, máxime si en estas épocas se ha desarrollado los fenómenos subversivos, y las organizaciones criminales de tráfico de drogas, lavado de activos, secuestros, robos.

(271) CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "Intervención de la Policía Nacional del Perú en la investigación del delito". En: *El Nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 261.

1. Enfoque del CPPMI de la policía

Se considera como funciones que la policía debe por iniciativa propia, por denuncia de parte o por orden del Ministerio Público, investigar los hechos punibles perseguibles de oficio, impedir que los atentados o cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir los elementos de prueba útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (absolución anticipada) (art. 73).

Aquí se establece la relación de los funcionarios policiales con la Fiscalía, en el que aquellos serán auxiliares del Ministerio Público para llevar a cabo el procedimiento preparatorio o investigación preparatoria, trabajo de coordinación fundamental para el éxito de la actividad persecutoria.

Se fija una regla de subordinación para fines de investigación del delito, pues cumplan cuando cumplan actos de policía judicial, ejecutarán sus tareas bajo la conducción directa del ministerio público y deberán ejecutar sus órdenes. Esto no es óbice para que se subordinen a la propia autoridad o jerarquía judicial.

Asimismo la policía debe cumplir las órdenes que, para la tramitación del procedimiento, les dirijan los jueces ante quienes se lleve el proceso.

Tomando en cuenta que son instituciones jerarquizadas, el ministerio público debe supervisar el correcto cumplimiento de la función judicial de la policía; y podrá impartirle instrucciones generales al respecto, siempre cuidando de respetar su organización administrativa (art. 74). No porque sea policía, debe aceptar las órdenes fiscales sino las que funcionalmente puedan responder legalmente a las instrucciones del Ministerio Público. Por ejemplo, la Fiscalía no podría decir que organización policial debe acompañarlos para realizar una operación, debe ser la que esta asignada para esa función según la estructura de la policía.

El NCPP ha establecido que el Fiscal de la Nación, como autoridad unipersonal máxima del Ministerio Público, sin perjuicio de las directivas específicas que cada fiscal imparte de acuerdo al caso a la Policía Nacional, regulará mediante instrucciones generales los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de la investigación que deberán ser contemplados no solo por la policía, sino por los grados inferiores. Son protocolos en los que se establecen los procedimientos en la investigación (art. 69). Básicamente lo que se busca es optimizar la coordinación de las instituciones para la lucha contra el delito.

2. Deberes del personal policial conforme al CPPMI[272]

1) Recibir denuncias;

2) Cuidar que se conserve los vestigios o rastros del delito y que el estado de cosas no se modifique hasta que llegue al lugar o lo disponga el ministerio público, por instrucción particular o general, o el juez de la instrucción, en el caso del artículo 248[273], describiendo provisionalmente el estado de personas, cosas y lugares;

3) En caso de peligro por la demora, proceder conforme al artículo 248;

4) Allanar domicilios y llevar a cabo las inspecciones de personas y lugares y los secuestros urgentes, en los casos previstos por los artículos 150, 153, 157 y 162;

5) Clausurar locales en los casos previstos por el artículo 168;

6) Aprehender al imputado o arrestar personas en los casos y formas que este Código autoriza, con la obligación de consignar inmediatamente a los detenidos ante el juez de la instrucción y dar aviso al ministerio público, disponiendo su incomunicación cuando concurran los requisitos del 214[274], por el plazo de seis horas, que no podrá prolongarse sin disposición expresa del juez de la instrucción; excepcionalmente, cuando concurran las circunstancias del artículo 47, regirá el procedimiento que allí se indica, y la incomunicación podrá durar el tiempo indispensable para que la autoridad policial se ponga en contacto con el juez, dejándose constancia expresa del inconveniente;

7) Instruir al imputado según lo prevé el artículo 48;

Prevenir todos los hechos punibles que llegaren a su conocimiento, informar al ministerio público sobre ellos y proceder a practicar la investigación preliminar, conforme a los artículos 73 y 246.

(272) Establecidos en el artículo 75 del CPPMI.

(273) Artículo 248. Actos jurisdiccionales. Cuando resulte urgente la realización de un acto jurisdiccional, el oficial a cargo de la investigación informará al ministerio público, quien lo requerirá al juez de la instrucción; en casos de extrema urgencia la policía podrá requerir directamente el acto al juez de la instrucción con noticia al Ministerio Público.

(274) **214. Incontaminación.** El juez de la instrucción o el tribunal competente podrá ordenar la incomunicación del imputado privado de libertad, por un plazo máximo de cuarenta y ocho hora, solo cuando existan motivos graves para temer que el imputado, de otra manera, obstaculizará la averiguación de la verdad; esos motivos constaran en la decisión.

El CPPMI ha planteado un modelo que sujeta con mayor fuerza a la policía por parte de la fiscalía que no ha sido seguido en este aspecto por el NCPP ni lo fue por el Código de Procedimientos Penales, pues la policía es un ente que depende del Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior. El artículo 76 establece un poder disciplinario de la fiscalía cuando omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente. El Ministerio Público peruano no puede hacer esto, mas puede poner en conocimiento de la entidad policial para que los órganos administrativos de control o inspectorías realicen las investigaciones del caso y si hay elementos sancionen al personal policial.

II. Rol de la Policía Nacional

La Constitución Política ha establecido que la finalidad de la Policía Nacional es garantizar, mantener y restablecer el orden interno, de tal forma la ciudadanía pueda convivir en una sociedad pacífica como ideal. Tiene un rol protector y de ayuda a las personas y a la comunidad. Se constituye en un ente que busca garantizar el cumplimiento de las leyes y darle seguridad del patrimonio público y del privado. Tiene el rol constitucional de prevenir, investigar y combatir con las armas de la ley y sus facultades especiales a la delincuencia. Cumple una función de vigilancia y control de las fronteras (art. 166 de la Constitución).

1. Función de investigación de la policía

La PNP en su función de investigación debe por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal. Esta comunicación no le imposibilita de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir las consecuencias del delito, identificar e individualizar a los autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba ante la eventualidad que sean eliminados o borrados, que puedan servir para la aplicación de la Ley penal. Si bien estas facultades las aplica en delitos de persecución pública, también se le ha asignado un rol de colaboración cuando se trata de delitos dependientes de instancia privada, o sujetos a ejercicio privado de la acción penal como las querellas en apoyo a la labor fiscal o jurisdiccional si fuese el caso.

Los miembros de la policía, que realicen funciones de investigación, están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria que busca reunir los elementos de convicción para presentar la acusación ante el Poder Judicial (art. 67 del NCPP).

2. Atribuciones específicas de la policía

a) Recibir las denuncias escritas o sentar el acta de las verbales, así como tomar declaraciones a los denunciantes. Estas denuncias las recibe en las dependencias especializadas como las comisarías o en las secciones de investigación criminal, de acuerdo a la naturaleza del delito o en el lugar donde se encuentre levantando, por ejemplo, una ocurrencia de calle y ayudando al perjudicado por el delito.

b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito. La policía debe contribuir como parte de sus atribuciones en la perennización de la escena del delito, de tal forma que se aseguren las fuentes de prueba que posteriormente deberán ser incorporados en el proceso penal si fuese el caso.

c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito. El registro personal de sospechosos o autores o partícipes del delito permitirán reunir evidencias de la comisión de ilícitos en lo que constituyen pruebas preconstituidas por tratarse de diligencias irreproducibles. El registro debe tener suficiente justificación y con respeto de la dignidad de la persona. Por otro lado, de acuerdo al rol constitucional, la policía tiene la función de auxiliar a las víctimas del delito.

d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación. La policía se convierte en el primer eslabón de la cadena de custodia de la evidencia material que va a ser empleada por la fiscalía para sustentar una causa probable.

e) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito. Esta atribución es básica, porque la imputación tiene que dirigirse contra alguien debidamente identificado. La policía tiene la técnica para lograr este cometido.

f) Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos. Se convierte en un compilador de testimonios de testigos que tenga información sobre las circunstancias, antecedentes, concomitantes y consecuentes del delito.

g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas. En este ámbito, la policía

especializa peritos de la misma institución, que hacen que la investigación, adquiera también un carácter técnico y científico.

h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos. La policía, por mandato constitucional directo, tiene facultades para limitar el derecho fundamental a la libertad de locomoción, apresando a los presuntos autores o cómplices. Pondrá en conocimiento de la autoridad fiscal y judicial, evitando la retención por más de 24 horas en delitos comunes y 15 días como máximo cuando se trata de delitos de terrorismo, tráfico de drogas y espionaje.

i) Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación. Deberá ponerlos inmediatamente a disposición del fiscal quien los remitirá para su examen al Juez de la Investigación Preparatoria. De no ser posible, dará cuenta de dicha la documentación describiéndola concisamente. El juez decidirá inmediatamente o, si lo considera conveniente, antes de hacerlo, se constituirá al lugar donde se encuentran los documentos inmovilizados para apreciarlos directamente, y si estima legítima la inmovilización, la aprobará judicialmente y dispondrá su conversión en incautación, poniéndolas a disposición del Ministerio Público. Similar decisión adoptará respecto de los libros, comprobantes y documentos contables administrativos. Se deberá aplicar las reglas de las medidas cautelares, urgencia y proporcionalidad.

j) Allanar locales de uso público, o abiertos al público. Tiene la facultad de limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio siempre dentro de la urgencia o necesidad de acopiar fuentes de prueba, o prevenir la comisión de delitos o de sus consecuencias

k) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración. Aquí cumple su rol en la cadena de custodia de la evidencia

l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor. Si este no se hallare presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos. La recepción de las manifestaciones de los presuntos autores o partícipes deberá hacerse en presencia de sus abogados defensores. Si no se hace así, la diligencia documentada no tendrá eficacia probatoria (art. 68 del NCPP).

Para los fines de garantizar que la investigación fiscal tenga altos niveles de información, la PNP puede proporcionar información adicional de urgencia que permita a la criminalística ponerla a disposición del fiscal. Sus atribuciones no están cerradas, porque puede practicar las diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados

La documentación de las diligencias deberá hacerse en actas detalladas que serán entregadas al fiscal. Este, durante la investigación preparatoria, puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.

Capítulo III
El imputado

El CPPMI establece el concepto de **imputado** como aquella persona, perseguida penalmente, contra quien no se haya dictado el auto de apertura de juicio y lo distingue del **acusado** que es aquel contra quien se ha dictado el auto de apertura de juicio y **condenado** a aquel sobre quien haya recibido una sentencia de condena firme (art. 31). Es una cuestión terminológica, pero todo acusado es un imputado porque sobre él recae la imputación de ser autor o partícipe de un hecho delictuoso.

Imputado es aquel contra el cual se dirige el procedimiento; aquel contra el cual se dirige una sospecha y se lleva a cabo el primer acto procesal(275). Imputado es el sujeto al que se carga la responsabilidad por el hecho delictivo que se investiga en el proceso, cualquiera sea el grado que su participación alcance. Junto con el hecho integra el objeto procesal, materia del proceso(276). Consideramos que es aquella persona contra la que se tienen elementos de convicción de haber intervenido en calidad de autor o partícipe en un delito. Este sujeto procesal tiene un conjunto de derechos que deben ser respetados en aras de una debida investigación. La violación de algún derecho debe ser tutelada mediante una audiencia ante el juez de investigación preparatoria. De allí que el CPPMI y la legislación procesal le otorgue derechos casi uniformes para poder defenderse ante una imputación.

Según el CPPMI, la imputación debe recaer sobre una persona cierta, debidamente identificada, de allí que este procedimiento es elemental en toda investigación criminal. El CPPMI establece cuáles deben ser estos actos identificatorios:

> "**32. Identificación**. En la primera oportunidad el imputado será identificado por su nombre, datos personales y señas particulares. Si él se abstuviere de proporcionar esos datos o los diere falsamente, se

(275) BAUMAN, Jürgen. Ob. cit., p. 194.
(276) MORAS MOM, Jorge. Ob. cit., p. 191.

> procederá a la identificación pos testigos o por otros medios que se considere útiles. La duda sobre ellos los datos obtenidos no alterará el curso del procedimiento y los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad, aun durante la ejecución penal.
>
> Si fuere necesario para el procedimiento, se tomará fotografías o se podrá recurrir a la identificación dactiloscópica o a otro medio semejante, aun contra su voluntad, pero ello no implicará su ingreso en un registro penal".

El imputado debe dar sus datos y señas, pero a veces con la intención de evitar ser reconocido por antecedentes penales, dan información falsa. Frente a esto se pueden emplear otros medios de identificación como interrogar testigos, o acudir a base de datos, en el caso peruano el Reniec.

La facilitación de la comunicación con el imputado en resguardo de sus derechos obliga a que este informe sobre su domicilio habitual, real y además debe fijar el domicilio procesal dentro del radio urbano (art. 33) de tal forma que el sistema pueda realizar los actos de notificación. Esta información sobre domicilios debe ser actualizada si hay variaciones, y más aun tratándose del procesal puesto que una negligencia del procesado puede generarle serios perjuicios, como aplicársele medidas coercitivas graves por incumplimiento de los mandatos fiscales o judiciales. Para el CPPMI la inexactitud de su domicilio real será considerada como indicio de fuga y las notificaciones dirigidas al domicilio especial serán válidas (art. 33, segundo párrafo).

> "Si no pudiere constituir domicilio especial dentro del radio del tribunal, se fijará de oficio el del defensor, a quien se le comunicará la resolución. En ese caso, el defensor y el imputado, de común acuerdo, establecerán la forma de comunicarse, pudiendo el defensor, por urgencia o mayor distancia hasta el domicilio real del imputado, utilizar gratuitamente el servicio de correos con la sola exhibición de su nombramiento. El defensor informará al ministerio Público y al tribunal, según el caso, la forma de comunicación acordada, cualquier alteración que sufriere y su eventual interrupción" (art. 33, tercer párrafo).

Se le otorga al imputado la posibilidad de fijar como domicilio el del abogado defensor cuando no pueda hacerlo dentro del radio del tribunal. Será responsabilidad del defensor informar a su defendido. Por otro lado tenemos que en puede darse el caso que el imputado tenga un trastorno mental anterior o en el curso del proceso penal, que excluya su capacidad de entender o de querer los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento y

voluntad, lo que en resguardo de su derecho suspenderá la persecución penal hasta que desaparezca esa incapacidad (art. 34). Además en el artículo citado se adiciona los procedimientos conexos frente a esta situación:

> "Sin perjuicio de la aplicación de las reglas que rigen el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección, la comprobación de esta incapacidad impedirá el procedimiento intermedio, el juicio y toda labor crítica del comportamiento que se le atribuye, que no autorice expresamente la ley, pero no inhibirá la averiguación del hecho o que se continúe el procedimiento con respecto a otros coimputados.
>
> La incapacidad será declarada por el tribunal competente, previo dictamen pericial; durante el procedimiento preparatorio por el juez de la instrucción.
>
> Sospechada la incapacidad, el Ministerio Público o el tribunal competente ordenarán la peritación correspondiente. Sin perjuicio de su propia intervención, las facultades del imputado podrán ser ejercidas por su curador, o el designado de oficio, si no lo tuviere, y, si carece de defensor o hubiere sido autorizado a defenderse por sí mismo, se designará inmediatamente un defensor de oficio.
>
> Los actos que el incapaz hubiera realizado como tal, carecerán de valor".

Si se acredita su incapacidad, no podrá seguir la etapa intermedia, y la conversión del proceso a uno de seguridad. Esto no será obstáculo en caso de pluralidad de agentes, de seguir el curso procesal con estos. La incapacidad será declarada previo dictamen pericial, lo que evitará casos de histrionismo. Su defensa podrá ser seguida por su curador, y por un defensor de oficio que será designado. Los actos del incapaz son nulos, no tienen valor, en razón de haber sido realizados por alguien que no está en su sano juicio.

El Código Procesal Penal de Costa Rica consagra del derecho a la inviolabilidad de la defensa de las partes en el procedimiento, estando implícita la regla de igualdad de armas. El imputado tiene derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas. Si está privado de su libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes, a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor.

Es obligación que toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado **conozca** inmediatamente los derechos que tiene según la legislación costarricense, y el Derecho Internacional y el Comunitario (art. 12). La información de derechos a un imputado es elemental, pues no todos los ciudadanos conocen con certeza cuales son los que tiene en situación de imputado.

Es derecho del imputado a ser asistido por un abogado, lo que se conoce como derecho de contar con una defensa técnica (art. 13). El derecho nace desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia. A todo lo largo del proceso incluso en la ejecución el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Puede designar un abogado particular o sino el Estado le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable; pero puede darse el caso de personas renuentes a ser asistidas, o la defensa técnica no está lo suficientemente preparada, por lo que hay necesidad dentro de límites legales y razonables que el imputado cuente con una defensa adecuada a sus necesidades procesales.

Se ha establecido el derecho del imputado de contar con un **intérprete cuando no comprenda** correctamente el idioma oficial. Tiene derecho que se le designe un traductor o intérprete, sin perjuicio de que, por su cuenta, nombre uno de su confianza (art. 14). Este es un derecho elemental tratándose de personas que no entienden en el caso de Costa Rica, el idioma español.

En el Código Procesal Penal de Colombia también trae consigo un conjunto de derechos del imputado, que los obtiene una vez que ha adquirido dicha condición (art. 8). Estos se aplican en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal y son:

a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Esto resguarda las relaciones cercanas de parentesco, tanto de sangre, como civil, sea por adopción por ejemplo, o los que obtiene por afinidad.

b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. No está obligado a declararse culpable ni imputar hechos delictivos a su cónyuge, o a la persona con quien tiene régimen de convivencia, o parientes. El derecho a no aceptar los cargos es una de las reacciones de los sistemas procesales garantistas al

esquema inquisitivo que privilegiaba la confesión obtenida como sea para poder condenar a una persona.

c) No se utilice el silencio en su contra. Los silencios también son formas comunicativas, sin embargo en Derecho Procesal, el silencio es eso y no hay ningún efecto en contra del imputado. En Perú, hasta hace algunos años, en el Código de Procedimientos Penales de 1940 se valoraba el silencio en contra del imputado(277) como indicio de responsabilidad.

d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse. Esta regla es básica, si hay conversaciones para arribar a un acuerdo que pueden fracasar, estas no pueden ser usadas por la Fiscalía contra el imputado. Simplemente deben tenerse como no puestas. Esta regla proviene del derecho anglosajón, y nos parece razonable pues el imputado debe poseer una garantía que en estos procedimientos vaya con la confianza que aun fracasando los acuerdos no se utilice lo informado o aceptado en ese escenario procesal(278) en su contra. Puede darse el caso que un Fiscal en la necesidad de lograr "éxitos" utilice la negociación para arrancar confesiones, y luego entrampar dolosamente los acuerdos, y posteriormente emplearlos contra el imputado.

e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado. Esta regla aceptada por la mayoría de ordenamientos procesales, el derecho a tener su defensa especializada.

f) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder

(277) Artículo 127. Si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez instructor las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquel se mantiene en silencio, se dejará constancia en la diligencia. **El juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad**. La Ley N° 27834, del 21-09-2002, modificó el artículo con el siguiente texto: "Artículo 127.- Si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez penal las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquel se mantiene en silencio, continuará con la diligencia dejando constancia de tal hecho".

(278) El NCPP, respecto de la terminación anticipada tiene reglas claras que no se podrá emplear en contra el imputado si el proceso especial se archivó. Estimamos que esta regla se hace extensiva al principio de oportunidad y acuerdos reparatorios.

percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él. El derecho a expresarse en su propio idioma se tutela en esta regla.

g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades. La reserva de las coordinaciones con su defensa es importante, pues evita que se filtren estrategias que puedan ser aprovechadas por su contraparte.

h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan. Esta guarda concordancia con el principio de imputación necesaria que debe reposar sobre

i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer.

j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

El Código Procesal Penal de Chile establece que teniendo la calidad de imputado (art. 7) podrá hacer valer sus facultades derechos y garantías que la Constitución Política de la República, y la ley chile le reconoce. La persona a quien se atribuye participación en un hecho punible podrá ejercitarlos desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. La primera actuación del procedimiento será cualquiera diligencia o gestión, de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a dicha persona responsabilidad en un hecho punible.

El imputado tiene derecho a contar con letrado, desde la primera actuación dirigida en su contra (art. 8). A formular los planteamientos y alegaciones que

considerare oportunos; intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento.

El Código de Procedimiento Penal de Ecuador en su artículo 11 establece que la defensa del imputado es inviolable; y tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas; y si esta privado de libertad el canal legal de comunicación debe ser el encargado de su custodia quien debe transmitir acto seguido al juez, al tribunal al Ministerio Público las peticiones que este realice. Igualmente tiene derecho a ser informado de las garantías que tiene dentro del proceso penal (art. 12). A designar un defensor; si no pude que el juez lo hará de oficio antes de que se produzca su primera declaración. Aquí sí hay una excepción al respecto, porque si el acusado lo solicita el juez o tribunal pueden autorizar que se defienda por sí mismo. El abogado defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica; pero estará acompañado de un abogado. Además si no habla el español puede ser asistido por traductor designado por el fiscal, Tribunal. El Estado solventará los gastos que irrogue el servicio (art. 13).

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México también trae un conjunto de derechos para el imputado que no difiere de lo examinado, como la Inviolabilidad de la defensa (art. 7). Derecho a contar con abogado (art. 8). Aquí si es taxativo respecto a la defensa técnica que es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones que se deriven de ello. Por la particularidad del pueblo de México, de la existencia de comunidades indígenas que tienen sus lenguas originarias, se ha previsto que el abogado defensor posea conocimiento de su lengua y cultura, lo que estimamos es de aplicación en el sistema procesal peruano dada nuestra diversidad cultural.

El Código Procesal Penal del Salvador también consagra la **Inviolabilidad de la defensa (art. 10)** y que el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento para el ejercicio pleno de los derechos y facultades de la ley salvadoreña, y goza del derecho irrenunciable a ser asistido y defendido por un abogado de su elección o por uno gratuitamente provisto por el Estado, desde el momento de su detención hasta la ejecución de la sentencia.

Como hemos apreciado en el Derecho Procesal americano, hay un esfuerzo importante del legislador de dotar al imputado de derechos y garantías de tal forma que sea procesado con justicia.

El derecho a la defensa también es un derecho fundamental reconocido por tratados internacionales, cartas constitucionales y en numerosos pronunciamientos de organismos constitucionales. El Tribunal Constitucional define las notas esenciales de este derecho en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC[279], del 14 de noviembre de 2005.

I. Tutela de derechos. Antecedentes

Como antecedente tenemos al sistema procesal chileno que tiene la cautela de garantías como símil de la tutela de derechos y cuyos términos son los siguientes:

> "Artículo 10.- Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.
>
> Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo".

El juez chileno si advierte que hay afectación de los derechos del imputado, puede dictar un sobreseimiento provisional temporal, hasta que se corrijan los vicios que haya detectado, siempre en el plano de derechos, en la medida que estamos ante el sistema acusatorio, pues es el fiscal el que realiza el procedimiento preparatorio.

(279) "El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa". Ver en jurisprudencia en la Web del Tribunal Constitucional <www.tc.gob.pe> [Fecha de consulta: 25 de julio del 2013].

En el sistema judicial nacional nuestros los jueces supremos adoptaron el Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116, estableciendo reglas vinculantes para la realización de la Audiencia de Tutela de Derechos.

La doctrina señala que para garantizar que el acusado se pueda defender de la imputación adecuadamente bajo el principio de igualdad de armas, se le debe reconocer las siguientes facultades: 1. Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia para lo cual se debe garantizar la participación del acusado o su defensa técnica en el contradictorio. 2. Producción de prueba de descargo, a través de la recepción de las peticiones del acusado, siempre que no sean impertinentes o superabundantes. 3. Valoración de la Prueba, la que tendrá derecho a hacerlo durante los alegatos finales, entendiéndola como una valoración fáctica. 4. Valoración jurídica. Donde la defensa dará su versión jurídica del comportamiento del acusado que se ha tratado de reconstruir durante el debate. Abarcará también la pena si esta fuera necesaria(280).

El NCPP, en resguardo de los derechos de los imputados previstos en la Constitución del Estado, ha establecido esta audiencia especial para que el Juez de la investigación preparatoria los tutele si fuesen afectados por actos del Ministerio Público o la Policía. Estos derechos del imputado son los que se encuentran descritos en el artículo 71 del NCPP y son los siguientes:

1. Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda. Es una práctica de las autoridades policiales detener y explicar solo que tienen una orden. La policía debe ser acopiada de la resolución cuando hace la detención y entregársela al intervenido para que este sepa puntualmente las razones de su arresto.

2. Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.

3. Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor. Esto es fundamental, pues debe quedar en el pasado declaraciones donde aparecía la frase “no requiere abogado por ahora”.

4. Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que

(280) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 588.

se requiere su presencia. Tiene derecho a guardar silencio y no está obligado a declarar sin presencia de su abogado defensor.

5. Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley.

6. Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

Adicionalmente también se le reconoce al imputado y su defensa el derecho a tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas(281).

Además estando a que la presunción de inocencia es una garantía de cualquier investigado y procesado, cualquier acto destinado a afectarlo sin que se haya definido su situación jurídica con sentencia, es atentatorio contra su dignidad. Si bien la policía puede informar sobre la identidad de los imputados creemos que la calificación de su responsabilidad no es de la policía que a veces los presentan como culpables(282).

De esta audiencia de tutela pueden emanar decisiones que corrijan los agravios cometidos por los fiscales o la Policía en ejercicio de sus funciones en contra del imputado al afectar alguno de sus derechos y garantías.

1. Finalidad de la audiencia de tutela

Proteger los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. El Juez de la Investigación Preparatoria es un Juez de Garantías similar al modelo chileno, y durante las diligencias preliminares e investigación preparatoria, ejerciendo su función de control de derechos ante la alegación del imputado de haber sido víctima de vulneración, responsabilizando al fiscal o

(281) Sin perjuicio de este derecho rigen las reglas del artículo 324 del NCPP que faculta al fiscal a ordenar la reserva o secreto de la investigación hasta por el plazo máximo de 20 días, que cesará necesariamente antes de la culminación de las mismas.

(282) La policía tiene una prohibición expresa de dar publicidad cuando se trata de la víctima, testigos o de otras que se encuentran o pudiera resultar vinculadas a una investigación de un delito. Si existiera una necesidad debidamente justificada, se requerirá que el Fiscal lo autorice (art. 70 del NCPP).

a la policía. El juez, si fuera el caso, puede disponer medidas correctivas que ponga fin al agravio, y reparadoras, esto es, que se subsane alguna omisión(283).

La tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendente al restablecimiento de los derechos vulnerados. No tiene finalidad preventiva, porque se debe solicitar cuando ya se consumó la infracción. Este razonamiento de la Corte Suprema posibilita entonces que el afectado emplee el hábeas corpus si hay amenaza de afectación al derecho de la libertad individual, o en todo caso, a la acción de amparo. Ambos sí tienen finalidades preventivas.

2. Audiencia

Es un medio para controlar la legalidad de la actuación fiscal quien debe hacerlo respetando las garantías constitucionales; sin embargo, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales, que tienen vía propia para la denuncia o cuestionamiento, no podrán cuestionarse en la audiencia de tutela. De allí deviene su carácter residual.

El NCPP ha establecido mecanismos específicos para ventilar respecto de otros derechos del imputado, como las audiencias de control de plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria; el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas. En esta audiencia no podrá cuestionarse la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por el imputado y denegadas por el fiscal, puesto que el artículo 337.5 permite que se acuda al juez de investigación preparatoria para que este declare procedente las diligencias.

Uno de los problemas se han dado respecto del control de la disposición de investigación preparatoria ¿La disposición fiscal es un acto procesal? ¿Si el juez de la investigación preparatoria controla los actos fiscales, puede declarar nulas todas las que contravengan normas o formalidades expresas como la disposición? Estas interrogantes se las han formulado más de una vez los magistrados inmersos en la aplicación del NCPP.

En la jurisdicción de Trujillo los jueces rechazaron pedidos de Nulidad de la disposición fiscal con el argumento que esta carece de contenido jurisdiccional; mientras que, Piura, una Sala Superior de Apelaciones en el Exp. 07043-2010 resolvió declarar la nulidad por afectación del derecho a la defensa(284). García Cavero precisa que al Ministerio Público se le reconoce en el

(283) Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116. Décimo primer considerando.
(284) GARCÍA CAVERO, Percy. "La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2010, p. 280.

nuevo proceso penal un conjunto de prerrogativas que no se someten a evaluación judicial, por lo que sus efectos procesales no dependen de una decisión o autorización judicial(285). Y además que la disposición de formalización es comunicada al juez de la investigación preparatoria, esto es, que no requiere de ninguna aprobación judicial. García Cavero, en su argumentación para su postura a favor de las nulidades, camina en sentido contrario, porque al final solo, desde un aspecto formal, señala que el artículo 122 del NCPP regula las decisiones fiscales conjuntamente con las judiciales y que ambas se engloban en el Título I de la Sección Segunda del NCPP en "Actuaciones Procesales" y como el artículo 149 del NCPP establece la nulidad de las actuaciones procesales y su inobservancia es causal de Nulidad; entonces la nulidad también son aplicables a la disposición fiscal de incoar la investigación preparatoria.

Esta posición es una intervención que colisiona en la línea de separación entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, y va contra el principio acusatorio que define sus roles. Esto obviamente no implica necesariamente que se deja al Ministerio Público a realizar actuaciones ilegales o arbitrarias, pero hay otros medios procesales para poder llegar a una sanción de nulidad indirecta y estos son los medios de defensa técnicos, como una excepción de improcedencia de acción, o de prescripción, que sí atacan el sustento de una disposición fiscal. Proponer la nulidad, aparte que se desnaturaliza su sentido, podría ser empleado para atacar la actividad esencial del Ministerio Público que es la de investigar y acusar.

Así lo ha señalado –correctamente– en el Acuerdo Plenario Nº 4-2010, en su décimo octavo, al establecer que la disposición es un acto unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera y específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. A esto íbamos, hay otros formas para poder dirigir contra el contenido principal de la disposición que es la imputación, de tal forma que no se le deje al Ministerio Publico actuar sin objetividad, sino apegado a los principios constitucionales. Estimamos que las disposiciones fiscales no pueden ser anuladas por el Juez de la Investigación Preparatoria, pues en el fondo desnaturaliza el rol del Ministerio Público e invade su ámbito de facultades.

(285) Ibídem, p. 289.

3. Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 sobre audiencia de tutela e imputación suficiente (o necesaria)

En este Plenario los jueces supremos se plantearon discutir nuevamente la forma de controlar la imputación del Ministerio Público sin necesidad de invadir sus fueros: un tema complicado, teniendo en cuenta el principio acusatorio.

En el sexto considerando de este Acuerdo se ha señalado que uno de los derechos fundamentales que tutela el artículo 71 del NCPP es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (art. 71.2.a), debiendo entenderse estos, como los hechos de relevancia penal que se le atribuyen al imputado y que en primera instancia justifican la inculpación formal del Ministerio Público. Estos hechos deben estar contenidos en la Disposición de formalización de la investigación preparatoria, regulada por el artículo 336.2.b del NCPP, que dice que la referida decisión del fiscal debe comprender los hechos (se entiende con contenido delictuoso) y la tipificación específica correspondiente. El fiscal podrá, facultativamente, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación, es decir, que los hechos se estructuran con un determinado grado de fijación, mientras que la calificación jurídica puede ser variable.

Los jueces supremos realizan un enfoque dialectico del proceso, una ción de este fenómeno en movimiento. De allí que en el considerando séptimo del Acuerdo, se establezca que el nivel de precisión de los hechos, atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la Disposición y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible, cumplidos todos los presupuestos procesales, **con el grado de sospecha inicial simple**, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal que deba estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos, y asentada en la experiencia criminalística de que existe un hecho de apariencia delictiva perseguible (presupuesto jurídico material) atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Además, en esta línea de pensamiento, los Jueces Supremos consideran que una de las características del hecho investigado es su precisión o delimitación progresiva en el curso de la investigación preparatoria como posible objeto procesal (que se plasmará en la acusación); y que el nivel de precisión del mismo tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso (se entienden en el inicio de la investigación preparatoria con su formalización por disposición del fiscal).

El Pleno de Jueces Supremos considera que el presupuesto jurídico material, esto es, que exista un hecho de apariencia delictiva perseguible, no puede

ser controlado con amplitud por el juez, y que la simple afirmación por el Fiscal de un suceso, aparentemente típico, basta para la configuración formalmente válida del proceso penal. El juez, solo en definidos momentos, puede intervenir para enmendar lo que denominan "presuntos desafueros del fiscal" en la expedición de la Disposición tanto en el ámbito de los presupuestos procesales (un ejemplo: la competencia), con excepción de los elementos de convicción, puesto que se trata de un presupuesto procesal que será controlado en la etapa intermedia si hay acusación fiscal. En la acusación fiscal tendremos una imputación con mayores precisiones, que las contenidas en la disposición sin salirse de los marcos primigenios obviamente.

El Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 para controlar la imputación deficiente del Ministerio Público, ha establecido que **muy excepcionalmente**, ante la desestimación del fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel, de corregir su imputación, se justifica acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal y el juez ante el incumplimiento **notorio u ostensible** por el fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales, con una finalidad limitadamente correctora, dispondrá la subsanación de la imputación plasmada en la Disposición fiscal y que **bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio** y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación. Entonces estamos básicamente ante una Audiencia de Tutela exhortativa, pues si el fiscal no subsana la imputación, y habiéndose cerrado correctamente el camino de la anulación, se entiende que retornamos al criterio del Acuerdo Plenario anterior Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116, esto es, el uso de los medios de defensa técnicos. Puede darse el caso de un Fiscal que pese a la exhortación viole el principio de imputación necesaria, entonces su terquedad lo llevará a que su caso sea arrollado por una decisión judicial interlocutoria como respuesta a la promoción de incidencia defensiva o a una de oficio.

4. Derechos del imputado y la prueba prohibida

El Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116, en el desarrollo de los alcances de la Audiencia de tutela, trató sobre la posibilidad de exclusión de fuente de prueba prohibida en esta audiencia. Esta decisión ha sido adoptada en contra de posturas en las Cortes Superiores a que en audiencia de tutela se decida sobre la exclusión de prueba prohibida como la de la Sala de Apelaciones de Moquegua Exp. N° 00017-2008-15[(286)], que consideran que la expulsión debe

(286) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 52.

hacerse en etapa intermedia en una suerte de control de constitucionalidad que deriva del principio de legitimidad de la prueba.

Los Jueces Supremos han fijado como regla que la exclusión de prueba prohibida se puede discutir en la audiencia de tutela, y en consecuencia, si se acredita su, el Juez de la Investigación Preparatoria puede expectorar del recaudo probatorio. Es menester citar el fundamento de la regla jurídica:

> "(…) a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 del NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona– que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección".

No sabemos hasta donde sea viable este cuestionamiento de medio de prueba ilícito, cuando también existe una etapa intermedia de control de acusación que permitirá también examinar el ofrecimiento. Allí también es el escenario donde el juez podrá excluir medios de prueba con vicios de inconstitucionalidad declarándolos inadmisibles.

Quizás lo que podemos entender aquí es que se trata de cuestionar actos de investigación que están siendo realizados ilegalmente, de tal forma que los resultados de estos actos, violatorios de derechos fundamentales, sean empleados para sustentar una acusación ilegal. Para qué esperar que se llegue a la etapa intermedia si se puede impedir que se declare sin efecto ese acto ilícito. Aquí sí tendría un sentido la exclusión como medida correctiva. Lo que

no podemos tampoco a llegar a discutir el contenido de las pruebas, que puede ser una distorsión de la audiencia de tutela entonces subvertimos las etapas del proceso común. De allí que debe emplearse con prudencia, y frente a inconstitucionalidad manifiesta o notoria.

5. Convocatoria

La oportunidad para solicitar una audiencia de tutela es en la etapa de diligencias preliminares y en la investigación preparatoria.

Si se solicita una tutela de derechos, el juez está obligado a convocar audiencia; sin embargo, si el agravio puede ser irreparable excepcionalmente puede prescindir y resolver de manera directa.

El juez no convocará si detecta que es con la finalidad de obstruir la investigación, pudiendo, desde un examen de admisibilidad, rechazar liminarmente la solicitud.

En un esquema garantista, es razonable y constitucional proteger los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes afectadas por las actuaciones de la fiscalía o Policía. El juez si fuera el caso, puede disponer medidas correctivas que ponga fin al agravio, y reparadoras, esto es, que se subsane alguna omisión. La audiencia de tutela es residual, puesto que otros derechos del imputado si tienen una vía propia, y es la preferente. No se puede cuestionar la disposición de formalización de la investigación preparatoria en audiencia de tutela. Para esto existen medios de defensa técnicos. En audiencia de tutela, puede ser excluido el material probatorio recabado con violación de derechos fundamentales; sin perjuicio que su exclusión pueda hacerse en la etapa intermedia o juicio oral.

6. Identificación del imputado

La acción penal, para que surta sus efectos, debe tener claro la identidad de quien se presume es autor o participe de un ilícito penal. En el NCPP describe cuales son los elementos constitutivos de la identificación y son nombre, datos personales, señas particulares y cuando sea necesario sus impresiones digitales.

Pueda darse el caso que el imputado se abstiene de proporcionar esos datos básicos o lo hace falsamente, se le identificará con los medios de prueba necesarios como testigos o por otros medios útiles, y aun contra su voluntad como los establece el Artículo 172.2. El dar datos falsos es una forma de perturbar la investigación y en la práctica judicial se ve que si no se ha arraigado

a esta persona puede ser que aparezca detenido la persona cuya identidad se ha empleado. Por eso ante la evidencia de falsedad de datos debe imponerse una medida cautelar de arraigo de tal forma que sea plenamente identificado durante el proceso.

Si existe duda sobre los datos que se han obtenido, esto no paralizará las actuaciones procesales, aunque ya se camina sobre fango cuando la persona se encuentra en libertad. Si se hubiesen cometido errores, estos deben ser corregidos en la primera oportunidad.

7. Identificación del imputado en la jurisprudencia suprema

Los Jueces Supremos dictaron el Acuerdo Plenario N° 7-2006/CJ-116, Lima, 13 de octubre del 2006 del que surgen varias Interrogantes como las siguientes: ¿En qué consiste la individualización del imputado? ¿Es un presupuesto de admisibilidad o de procedibilidad? ¿La cuestión previa procede para un requisito de admisibilidad o de procedibilidad? ¿Es correcta la delimitación que hace la Corte Suprema en el sentido que la cuestión previa puede deducirse de oficio cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos? ¿Procede la Cuestión previa cuando se ha probado positiva y certeramente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falso o inexistente? Estando a que la línea jurisprudencial ha sido establecer que el requisito de procedibilidad tiene que estar señalado en la ley, cuál causal es la que funda la cuestión previa relacionadas a identificación de imputado. De acuerdo a la definición de cuestión previa, según el Diccionario de la Real Academia Española, es la que corresponde a la competencia administrativa y debe influir necesariamente en un fallo o pena.

En el Acuerdo Plenario N° 7-2006/CJ-116, la Corte Suprema señala que el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley Nº 28117, del 16.12.2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. La individualización en sentido procesal es un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal y su incumplimiento constituye un motivo específico de freno del procesamiento penal. Si no ha sido debidamente individualizado, entendido como la presencia de nombres y apellidos, se debe devolver la denuncia a la Fiscalía, de conformidad con la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.4.2004.

Para la individualización del imputado según el Acuerdo Plenario N° 7-2006/CJ-116, debemos remitirnos los artículos 19 al 22 del Código Civil, y que el

procedimiento implica que el imputado sea identificado con el nombre y sus apellidos, de los padres –si es hijo matrimonial– o progenitores que los hayan reconocido –si es hijo extramatrimonial– o adoptantes –si es adoptado–, según el caso, y que basta esta referencia para que se considere cumplido el requisito de admisibilidad.

¿Un imputado individualizado puede ser sujeto de una medida cautelar de detención preventiva? *Prima facie,* sí se le puede imponer dicha medida. ¿Y cómo se procede al ejecutar la resolución de detención preventiva? En este caso debe remitirse para ejecutarse los oficios de captura a la policía nacional, debiendo cumplirse con lo que manda el artículo 3 de la Ley Nº 27411, modificado por la Ley Nº 28121, del 16 de diciembre de 2003, que estipula que el mandato de detención deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: 1. nombre y apellidos completos, 2. edad, 3. sexo, y 4. características físicas, talla y contextura. Dispone la ley, que la policía que reciba la requisitoria u orden de captura cuando exista omisión de esos datos, está facultada a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional. La finalidad de la Ley tal como considera la Corte Suprema es evitar los casos de homonimia de quien tiene los mismos nombres y apellidos del imputado requisitoriado, por eso, se amplían los datos a efectos de realizar una comparación más prolija. La Suprema señala que de ninguna manera debe entenderse que se introduce un requisito de admisibilidad de la acción penal.

La Corte Suprema establece, como reglas, que la **debida identidad del requerido** tiene relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad y las posteriores situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal respecto a quien se le atribuya la autoría o participación de un hecho punible; pero que esto no está vinculado necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal. La Suprema señala que, para **abrir instrucción, solo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos;** pero para ejecutar la requisitoria del imputado, además de sus nombres y apellidos completos, debe registrarse en el expediente otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura.

Colocar como causa de falta de individualización el hecho que el imputado no tenga inscripción en el Reniec, no es aceptable, porque este es un fenómeno que se da en el país, donde una cantidad enorme de ciudadanos no están registrados en dicha entidad. Esta apreciación de la Corte Suprema es entendible desde una óptica inquisitiva, puesto que es al Juez a quien le corresponde la

indagación, pero también es hacerle un caro favor al Ministerio Público que, en el esquema acusatorio del NCPP, debe presentar debidamente individualizada e identificada a la persona imputada a quien se está procesando penalmente. La cuestión previa de oficio no procede por el hecho que el imputado no se encuentra inscrito en el Reniec o no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad. El juez penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada al fiscal provincial y tendrá que calificar.

La Corte Suprema interpreta la Disposición General 5.3 de la Directiva número 003 -2004-CE-PJ, aprobada por la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.4.2004, que establece: "Si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez Penal o Mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales". En este caso, la cuestión previa solo será fundada cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, **el referido al nombre y apellidos completos**, o cuando se ha probado positiva e indudablemente que la referencia a **una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente**. Entonces de esto debe entenderse que la base legal es el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales y que la **individualización,** como requisito de admisibilidad o procesabilidad, ahora es considerada requisito de procedibilidad que es el sustento de la cuestión previa. Esta posición, adoptada por la Corte Suprema, desnaturaliza este medio de defensa técnico, por lo que hay alternativas como la que propone se declare nulo todo lo actuado hasta el auto apertorio de instrucción a efectos que el fiscal cumpla con identificar al imputado.

El Acuerdo Plenario en mención trata de tutelar los derechos de los ciudadanos que puedan ser detenidos por casos de homonimia. Es un Acuerdo en los marcos del procedimiento criminal de 1940, con un fuerte sello inquisitivo que traslada al Poder Judicial la tarea de averiguar los datos de una persona que el Ministerio Público no está seguro de quien se trata.

En el NCPP, es impensable que el Ministerio Público formalice investigación preparatoria cuando no tiene por lo menos inicialmente identificado al presunto autor o participe. En todo caso, esa es una actuación que debe hacerse en diligencias preliminares. Si el fiscal en investigación preparatoria dicta una disposición contra una persona con defectos en la identificación, incumple las reglas de imputación necesaria y puede ser atacada por medios de defensa técnicos.

8. Tutela de menores de edad en el proceso

Los menores de dieciocho años no pueden ser procesados toda vez que para el Derecho Penal son incapaces de responder tanto por delitos y faltas, por lo que ante la eventualidad, ante el problema de determinación de la edad por carencia de documentos, puede darse el caso que se les haya abierto instrucción a un menor de edad. De comprobarse que es menor de dieciocho años con su partida de nacimiento por ejemplo de acuerdo al artículo 18 del Código de Procedimientos Penales, el juez cortará la secuela del procedimiento respecto de aquel y se le pondrá a disposición del juez de familia, para que sea encausado como infractor.

La verificación deberá ser cuidadosa oficiando a la Municipalidad donde el imputado informa que ha nacido para que se remita la partida de nacimiento, pero como en estas no figuran datos actualizados, deberán ser entrevistados los padres o familiares, pues se ha visto casos que los presuntos delincuentes con documentación falsa se hacen pasar como menores de edad para escapar de la justicia que les debe corresponder, ya que el tratamiento en cuanto a las sanciones son leves si son juzgados en el fuero que le corresponde.

En el NCPP se establece que si en el curso de la investigación preparatoria se acredite la minoría de edad del imputado, el fiscal o cualquiera de las partes solicitará al juez el corte de la secuela del proceso y pondrá al adolescente a disposición del fiscal de familia (art. 74.1). Si la acreditación es en la etapa intermedia o en el juicio oral, el juez, previa audiencia y con intervención de las partes, dictará la resolución de corte.

9. Jurisprudencia constitucional en casos de detención de menor

En la STC Exp. N° 3766-2004-HC/TC, del 16 de mayo de 2005, se vio el caso de la detención de un menor por efectivos policiales implicado en tráfico de drogas por más de 24 horas. Los emplazados alegaron que realizaron la intervención en presencia del fiscal provincial, y que la investigación por delito de tráfico ilícito de drogas dura 15 días. La demanda fue rechazada en primera instancia bajo el argumento que no existía detención arbitraria, porque según el artículo 2, inciso 24, literal f), de la Constitución, en el caso de delito de tráfico ilícito de drogas, el plazo para la detención puede extenderse hasta por 15 días. La Sala Superior confirmó la apelada, añadiendo que la Resolución Nº 12268-2004-MP-FN, que aprueba el protocolo básico de atención para casos de adolescentes infractores de la ley penal, señala que, en casos de tráfico ilícito de drogas, la detención preliminar podrá prolongarse hasta por

15 días. El TC declaró fundada la demanda bajo el argumento que si bien procedía la detención del menor por delito flagrante, ya que el día de la intervención (8 de octubre de 2004) al menor se le encontró un envoltorio, conteniendo marihuana con peso aproximado de 0.2 gramos. El menor estuvo retenido hasta el 17 de octubre de 2004, fecha en que el instructor y fiscal, lo notificaron en presencia de su madre, para que concurra ante la autoridad competente las veces que fueran necesarias para presentar sus descargos en relación con el presunto delito de tráfico ilícito de drogas.

El TC señala, sin embargo, que dada la cantidad de droga decomisada, no se justificaban los días que se mantuvo detenido al menor y que el Código del Niño y Adolescente establece que, en caso de menores infractores, ellos deben ser entregados a sus padres, sin perjuicio de que en el trámite de la investigación se determine con qué finalidad el menor poseía la droga incautada. Con esta decisión, el TC reconoce la constitucionalidad de la retención de un menor en caso de delito de tráfico de drogas hasta por 15 días, pero que, para fines de la investigación, el plazo debe ser razonable, en el caso concreto, consideró que haber tenido retenido al menor por 9 días no estaba justificado.

10. Inimputabilidad del procesado

El inimputable no puede ser condenado a una pena privativa de libertad, puesto que el juicio de culpabilidad no le es aplicable si se verifica que tiene sus facultades mentales disminuidas que no les permite distinguir la ilicitud de su conducta, por lo que con criterio preventivo se le aplica una medida de seguridad.

La jurisprudencia vinculante RN. Exp. N° 104-2005, del dieciséis de marzo de año dos mil cinco, establece dos clases de inimputables a los que se les puede aplicar medida de seguridad y son los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible. Allí señalan que la medida de internación es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves.

Cuando el juez, en el curso del proceso, advierta algunos datos que el procesado puede estar en situación de inimputabilidad, tanto en la investigación preparatoria como en el juzgamiento, dispondrá de oficio o a petición de parte de un examen especializado por un perito, generalmente un psiquiatra, que determine su estado mental (art. 175.1).

Con el informe pericial y previa audiencia con intervención de los sujetos procesales y el especialista, si el juez llega a la convicción que el procesado se encuentra en estado de estado de inimputabilidad, dictará la resolución, solicitando el inicio del procedimiento de seguridad. Esta es una regla que tutela los derechos del procesado, pues son diferentes las pautas que se emplearán en dicho proceso especial y otras las consecuencias si se determina que es autor del hecho que le han imputado.

Puede darse el caso que, en el curso del proceso, el imputado adquiera una anomalía psíquica que tenía potencialmente escondida en su interior, o por factores externos, una lesión cerebral como resultado de una lesión, por ejemplo, en este supuesto, el juez igualmente ordenará de oficio o a petición de sujeto procesal el examen pericial y celebrar una audiencia para resolver sobre el estado mental del procesado. Si se comprueba que el imputado presenta anomalía psíquica grave que le impide continuar con la causa, el juez dispondrá la suspensión hasta que el tratamiento de la dolencia haga posible reiniciarlo, y si fuese necesario, ordenará su internamiento en un centro hospitalario especializado. Esta decisión impedirá la declaración del procesado o el juicio, pero esto no será impedimento para que continúe en relación con los demás coimputados.

El juez tendrá que valorar esta situación que no puede quedar al infinito, porque si ya ha ordenado el internamiento, estaría aplicando una medida de seguridad anticipada. Deberá solicitar el juez a los peritos que determinen si hay viabilidad que el procesado retorne a sus cabales para poder reiniciar el proceso y si no, como no puede quedar esto, si es una decisión definitiva, consideramos que el juez puede solicitar que se inicie el proceso de seguridad.

11. Enfermedad del imputado

En la línea de tutela de derechos del imputado, puede darse el caso, y se ha visto en la práctica judicial que el interno enferme durante la privación de libertad. En este caso, el juez de oficio o a pedido de parte dispondrá su evaluación por médico legista y con el resultado puede ordenar que el imputado sea ingresado a un hospital, y en casos excepcionales, si los requerimientos médicos no pueden ser cubiertos por centro estatales, puede autorizar internamiento en clínica privada (art. 77 del NCPP). Aquí el juez debe cuidarse, y para eso, está su labor de comprobación que el procesado no esté fingiendo enfermedad, y que sea parte de los preparativos para sustraerse de la acción penal. En estos casos, es importante la labor de la policía judicial para establecer los resguardos respectivos.

Sin embargo, se tiene que actuar con la debida diligencia ante el informe de enfermedad que pueda provocar un resultado altamente lesivo al imputado, por lo que la práctica de estos exámenes se debe hacer con celeridad y bajo responsabilidad funcional.

Frente a todos estos supuestos de posibilidad que el imputado tenga problemas de salud mental que lo hacen inimputable o de salud corporal, los centros hospitalarios que los estén tratando, deben informar trimestralmente al Fiscal o al juez del estado de salud de los pacientes. Esto no es impedimento para que se disponga de oficio un examen pericial, antes de estos plazos (art. 78).

Capítulo IV
Contumacia y ausencia

I. La contumacia. Antecedentes

El CPPMI regula estas instituciones desde la figura del rebelde que es la calificación que obtiene el imputado cuando sin grave impedimento, no comparece a una citación, o se fuga del establecimiento o lugar en donde estuviere detenido o no obedece una orden de aprehensión emitida por la persona competente o se ausenta, sin autorización del Ministerio Público o del tribunal, del lugar denunciado o asignado para rendir (art. 39).

Esta declaración será emitida por el juez de la instrucción o el tribunal competente, pero antes se debe constatar de la incomparecencia, fuga o ausencia, expidiendo orden de detención. La orden debe informarse a las autoridades migratorias con mandato expreso que impidan la salida.

La declaración de rebelde no debe suspender el procedimiento preparatorio, salvo en lo que se refiere a toda labor crítica del comportamiento imputado, aunque se podrán expedirse dictámenes y dictarse decisiones sobre el comportamiento imputado, cuando fuese necesario para solicitar su extradición. La declaración de rebelde implica la revocación de la libertad que le hubiera sido concedida al imputado y lo obligará al pago de las costas provocadas por la contumacia. Si el rebelde comparece o es puesto a disposición de la autoridad que lo requiere, purgará su rebeldía, dejándose sin efecto las órdenes emitidas y sus inscripciones.

El Código Procesal Penal de Chile fija como causales de rebeldía lo siguiente:

> "Artículo 99. Causales de rebeldía. El imputado será declarado rebelde:
>
> a) Cuando, decretada judicialmente su detención o prisión preventiva, no fuere habido, o b) Cuando, habiéndose formalizado la investigación en contra del que estuviere en país extranjero, no fuere posible obtener su extradición".

Aquí la figura comprende a un imputado con prisión preventiva que no se encuentra habido. En otros sistemas puede existir rebeldía de un imputado en libertad, y la orden de captura queda vigente hasta que sea detenido, salvo que se le revoque la libertad por prisión. En el sistema chileno la declaración de rebeldía del imputado será pronunciada por el tribunal ante el que debe comparecer, en todo caso la regla es la jurisdiccionalidad (art. 100). Como efectos de la declaracion tenemos que las resoluciones que se dictaren en el procedimiento se tendrán por notificadas personalmente al rebelde en la misma fecha en que se pronunciaren. Esto obviamente es una ficción, pero si tiene apersonado abogado, este debe ser notificado en el domicilio procesal.

Otro efecto es que la investigación no se suspenderá por la declaración de rebeldía y el procedimiento continuará hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual se podrá sobreseer definitiva o temporalmente la causa de acuerdo al mérito de lo actuado (art. 101). En juicio oral si **hay rebeldía el procedimiento se sobreseerá temporalmente, hasta que el imputado compareciere o fuere habido**.

El sobreseimiento afectará solo al rebelde y el procedimiento continuará con respecto a los imputados presentes. Se fija en el modelo chileno una costas, a menos que el imputado justifique su ausencia.

El Código Procesal Penal de Colombia hace referencia a la contumacia y a las razones de su declaración.

> "Artículo 291. Contumacia. Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación".

El efecto de la declaracion de contumacia es que si el imputado sin causa justificada no asiste a la audiencia, se realizara con el abogado designado para su defensa. Sin abogado no se puede presentar la imputación.

El Código Procesal Penal de Argentina señala que será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciere a la

citación judicial, o se fugare del establecimiento o lugar en que se hallare detenido, o se ausentare, sin licencia del tribunal, del lugar asignado para su residencia. Art. 288. Aquí se nota la influencia del CPPMI. El procedimiento para declarar la rebeldía es verificar si ha transcurrido el término de la citación o se ha comprobada la ausencia, Si esto se confirma el juez declarará la rebeldía por auto y expedirá orden de detención, si antes no se hubiere dictado (art. 289).

La rebeldía no suspenderá la instrucción y si el imputado fue declarado rebelde ante en el juicio se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados. Si se declara la rebeldía implica que se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar. La declaración de rebeldía implicará la revocatoria de la excarcelación y obligará al imputado al pago de las costas causadas por el incidente (**art. 291**).

En nuestro sistema procesal la contumacia fue introducida por el Decreto Ley Nº 19030, ampliado por el artículo 1 del Decreto Ley Nº 19962. El artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 125 define la institución de la contumacia como la situación jurídica del imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello, deja de concurrir o se aparta voluntariamente del proceso. La declaración de contumacia se hará cuando existan evidencias incuestionables que el acusado rehúye del proceso.

En la etapa de enjuiciamiento, los requisitos para la declaración de contumacia son los siguientes:

a) El acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio.

b) Se incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada.

c) El acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso, se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes. El órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre esa base, proceder en su consecuencia.

1. Referencias jurisprudenciales en la Corte Suprema

En la R. N. N° 3725-2005-Lima[287], del 26 de octubre del año dos mil cinco, se establecen dos criterios que son necesarios tomar en consideración. Primero, que el presupuesto para la declaración de contumacia sea la violación de dos o más requerimientos de citación a audiencia; y segundo, la declaración de contumacia no puede ser emitida por un juez cuya imparcialidad está siendo cuestionada mediante un trámite de recusación, incluso cuando está rechazada en primera instancia y se encuentre en trámite de apelación.

La declaración de reo contumaz o ausente es un requisito para que proceda la extradición activa. Así se señala en la Ejecutoria Suprema Extradición N° 14-2005[288], Callao, del veinticinco de abril de 2005. En el R.N. N° 2600-2003[289], Callao, del 4 de junio de 2004, se pronuncia por la incompatibilidad del artículo 1[290] de la ley 26641 con la Constitución en lo que se refiere a la contumacia.

La Ejecutoria Suprema R.N. N° 418-2002[291], Lambayeque, del 6 de enero de 2003, también se pronuncia respecto a la constitucionalidad del tipo penal establecido por el artículo 2[292] de la ley Nº 26641, porque no asistir a las diligencia del proceso, es derecho del inculpado a quien no se le puede incluso obligar a declarar, por lo que con mayor razón no se le puede exigir a ir a juicio o considerarse este comportamiento como otro delito autónomo.

En la Consulta N° 104-2007, Puno, del 30 de marzo de 2007, resuelta por la Sala de Constitucional de la Corte Suprema se tiene como antecedente que la Sala Penal Descentralizada e Itinerante de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de fecha veintinueve de noviembre del dos mil seis, declaró nula la resolución apelada en la parte que dispone la suspensión de los

(287) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008, Edición Digital.
(288) Ídem.
(289) Ídem.
(290) Artículo 1. Interprétese por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción.
(291) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.
(292) Artículo 2. Si el agente se sustrae a la acción de la justicia, y por ello es declarado contumaz, será reprimido con pena privativa de libertad igual a la que corresponde al delito por el que se le procesa. Es competente el Juez que corresponde a la primera acción.

plazos de prescripción, para el reo contumaz Saturnino Onque Chayña, y aplicando el control constitucional difuso, previsto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declara inaplicable al presente caso el artículo 1 de la Ley Nº 26641, por colisionar con los principios constitucionales del debido proceso, la igualdad ante la ley, la proporcionalidad, el principio de presunción de inocencia y el principio de dignidad humana.

La Ejecutoria Suprema N° 104-2007 señala que la Ley N° 26641 tiene sustento en el ejercicio de la potestad punitiva que tiene el Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y que la suspensión de los plazos de prescripción, no está prevista en general para todos aquellos casos en los que el procesado omite acudir ante el órgano jurisdiccional; sino para los el caso en que la instrucción penal ha sido conducida por sus cauces normales, que ha contado con la participación del encauzado, e incluso se ha llegado al estado en que el Ministerio Público ha formulado la acusación correspondiente, empero, el acusado rehúye su juzgamiento.

En la Consulta N° 104-2007 se aprecia que se sustenta en la STC de fecha 6 de junio de 2005, expedida en el Expediente N° 4118-04-HC/TC, que ha establecido con efecto vinculante, para todos los operadores jurídicos, el fundamento 11, que dice: "(…) **tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso** y hasta que el mismo se ponga a derecho, debiendo el juez declarar dicha suspensión de conformidad con el artículo 1 de la Ley N° 26641". Esta posición, el TC la ha replicado en el Expediente N° 07451-2005-PHC/TC.

2. Jurisprudencia constitucional y contumacia

En el Exp. Nº 1342-2001-HC/TC, La Libertad, Caso Rosa Albina Reyes Quispe, dado en Lima, el 17 de enero de dos mil dos, define la naturaleza de la contumacia así: "(…) constituye una situación procesal que legitima a la Judicatura para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados actos procesales ordenados por el juzgador, supuesto de hecho en el que incurrió la beneficiaria (...) por lo que su captura y posterior internamiento en un establecimiento penal no resultó atentatoria contra su derecho constitucional a la libertad individual". Si bien imputado hace caso omiso al llamamiento judicial, pone en riesgo su situación, por lo que el mecanismo de la contumacia es para que el proceso pueda desarrollarse dentro de los cauces normales.

La orden de captura debe producirse luego de la persistencia en la inconcurrencia del imputado. Así se establece en las SSTC Exps. Nº 3711-2004 -HC/TC, del 29 de diciembre de 2004; Nº 4780-2004 HC-TC del 17 de marzo de 2005; Nº 2916-2003-HC-TC del 19 de marzo de 2004; y Nº 552-2003-HC-TC del 10 de abril de 2003 que convalidan tal determinación y son citadas en el Acuerdo Plenario N° 5-2006/CJ-116.

Respecto a la imposibilidad que un magistrado recusado pueda ordenar una captura en base a la declaración de contumacia, el TC en sentencias Nº 786-2006-HC-TC, del 21 de junio de 2002, y Nº 934-2002-HC-TC, del 8 de julio del 2002, ha establecido como pauta que no lo puede hacer pues su imparcialidad está cuestionada.

En la STC Exp. N° 9108-2005-PHC/TC, Lambayeque, del 24 de agosto de 2006, se señaló que el reo contumaz es la persona que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el juez o Tribunal por lo que es correcto que si el procesado fue válidamente notificado para la lectura de sentencia y no se hizo presente, la jueza emplazada lo declara contumaz y ordenara su inmediata ubicación y captura de conformidad con la normatividad citada.

En la STC Exp. Nº 552-2003-HC/TC, Apurímac, caso Santusa Juro Arias, del 10 de abril de 2003, quien interpone acción de hábeas corpus por haber sido declarada reo contumaz sin que se acredite que intente eludir, y analizando la controversia, el TC estimó que no se evidenció que la declaración de reo contumaz sea arbitraria, pues obedecen a una resolución judicial previa en la cual se le apercibía que de no presentarse a la audiencia, sería declarado contumaz, y se ordenaría su captura, lo que está conforme a lo establecido por la Ley N° 26641, y que el mandato obedeció a causas fijadas por la ley y que el accionante no hizo conocer al órgano jurisdiccional el motivo que tuvo para no asistir a la audiencia y así quebrarla, ya que de haber sido un motivo razonable y urgente podría considerarse que tenía impedimento inevitable y así evitar el mandato de detención.

En el Expediente Nº 07451-2005-HC/TC, de fecha 17 de octubre de 2005, haciendo análisis del caso concreto se tiene que el accionante sostiene que se ha configurado un supuesto de prescripción de la acción penal, lo que implica la imposibilidad de continuar con la tramitación del proceso que se le sigue por la comisión del delito de Falsedad Ideológica. El TC señaló que, pese a que no correspondía resolver en sede constitucional cuestiones de mera legalidad si era oportuno emitir pronunciamiento sobre las normas relativas a

la prescripción de la acción penal, justificado en el hecho que podía incidir en el caso. En el proceso ordinario se dictó la resolución judicial, de fecha 22 de enero de 2004, que declaró al accionante reo contumaz, y confirmada por la Sala Superior de la Corte del Cono Norte de Lima, de fecha 25 de enero de 2005. El TC consideró que la declaración de contumacia no vulneró el derecho fundamental a la libertad personal alegado por el demandante, porque estaba suspendida la prescripción.

La declaración de contumacia implica la restricción de la libertad personal del imputado, por lo que si ese es el resultado, la actuación judicial debe respetar los requisitos escrupulosamente. Un juez recusado no puede afectar la libertad personal del imputado, mientras las dudas sobre su imparcialidad no sean definitivamente dilucidadas. La Ley Nº 26641 que suspende la prescripción del reo contumaz no es inconstitucional, pues es la facultad del Estado para perseguir el delito en contraparte al derecho del reo de no presentarse a juicio. El delito de contumacia, establecido en Ley Nº 26641, afecta el principio de legalidad, consagra la infracción de la prohibición de la analogía y viola el principio de presunción de inocencia, por lo que debe ser inaplicado vía control difuso, para los casos tramitados bajo el régimen procesal de 1940.

El Consejo Ejecutivo ha dictado la Resolución Administrativa N° 310-2014-CE-PJ[293] Lima, 10 de setiembre de 2014 sobre la declaración judicial de ausencia o contumacia en la fase instructiva del proceso penal sumario y ordinario, y sobre el auto que da inicio al proceso penal sumario y ordinario que tiene un contenido orientador para los jueces cuyo contenido en la parte considerativa es la siguiente:

> "CONSIDERANDO:
>
> Primero. Que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 003-2005-PI/TC, de fecha 9 de agosto de 2006, ha dilucidado la diferencia entre las situaciones jurídicas de ausencia y contumacia, afirmando que "en el ámbito del proceso penal, el desconocimiento que el acusado tenga de la existencia de un proceso, genera un supuesto de ausencia; mientras que la resistencia a concurrir

(293) El voto del señor Lecaros Cornejo, es como sigue: Vista la propuesta para regular la declaración de contumacia y ausencia en caso de la abstención de declaración del imputado en los procesos penales sumarios y ordinarios; y teniendo en consideración las atribuciones contenidas en el artículo 82 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, MI VOTO es porque el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial no tiene facultad para reglamentar normas de carácter legal.

al proceso, teniendo conocimiento de él, se denomina contumacia" (fundamento jurídico 168).

En este mismo sentido, el Código Procesal Penal de 2004 prescribe que el Juez declarará ausente al imputado cuando se ignora su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso (artículo 79.2). De otro lado, se declarará contumaz al imputado cuando: a) de lo actuado aparezca evidencia que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y, d) se ausente, sin autorización del Fiscal o del juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir (artículo 79.1).

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 125, aplicable a los procesos penales sumarios y ordinarios, también reconoció la diferencia entre ambas situaciones procesales del imputado (arts. 2 y 3).

Segundo. Que los efectos comunes de la declaración de contumacia o ausencia por el juez en los procesos penales sumarios y ordinarios en aplicación mutatis mutandi del Código Procesal Penal de 2004, son los siguientes: 1) El auto que lo declara ordenará la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre defensor de oficio o al propuesto por un familiar suyo. 2) Con la presentación del contumaz o ausente, y realizadas las diligencias que requieran su intervención, cesa dicha condición, debiendo dejarse sin efecto el mandato de conducción compulsiva; así como todas las comunicaciones que se hubieran cursado con tal objeto. 3) No se suspende la instrucción ni alterará el curso del proceso con respecto a los demás imputados. 4) Si la declaración de ausencia o contumacia se produce durante el juicio oral, el proceso debe archivarse provisionalmente respecto de aquel. En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado (art. 79, incs. 3 al 6). Similares efectos están previstos en el artículo 205 del Código de Procedimientos Penales de 1940, concordante con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 125.

Tercero. Que el derecho a la no auto incriminación forma parte a su vez de los derechos implícitos que integran el debido proceso previsto en el artículo 139.3 de la Constitución Política, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 003-2005-PI/TC (fundamentos jurídicos 272 y 273). Asimismo, la Convención Americana

de Derechos Humanos (art. 8.g) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3), han reconocido expresamente el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable como parte de las garantías judiciales mínimas que tiene todo procesado. Por consiguiente, del reconocimiento de la libertad de declarar y del derecho a la no auto incriminación (nadie está obligado a declarar en su contra) se tiene que: a) No se puede utilizar ningún medio violento para obligar al imputado a declarar, prohibiéndose cualquier manipulación física o psicológica vulneradora de su conciencia; b) No se puede exigir juramento o promesa de decir la verdad; c) Se prohíben las preguntas capciosas durante el interrogatorio; d) La facultad de mentir permanece en el ámbito personal del imputado, si lo considera de interés para su defensa; e) La facultad de declarar cuantas veces el imputado entienda pertinente debe ser protegida; y, f) El imputado tiene derecho a guardar silencio o simplemente a no declarar.

Cuarto. Que la declaración del imputado es un medio de defensa y como tal su ejercicio estará condicionado a su conveniencia o no frente a la imputación, tal es así que el Código Procesal Penal de 2004 ha reconocido que en el curso de las actuaciones procesales y en todas las etapas del proceso, el imputado tiene derecho a prestar declaración y a ampliarla, a fin de ejercer su defensa y responder a los cargos formulados en su contra (art. 86.1). Asimismo, tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio (art. 87.2). La declaración del procesado solo es considerada expresamente como medio de prueba cuando se trata de una confesión; es decir, cuando el imputado admite los cargos formulados en su contra (art. 160.1), siempre que esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción (art. 160.2.a), sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas (art. 160.2.b), sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado (art. 160.2.c); y sea sincera y espontánea (art. 160.2.d).

Quinto. Que la declaración judicial de ausencia o contumacia del imputado en la fase instructiva del proceso penal sumario u ordinario, con el mandamiento de conducción compulsiva ejecutada por la Policía Nacional bajo la forma de requisitorias, debido a su inconcurrencia u oposición expresa (oral o escrita) a presentarse a la diligencia de recepción de la declaración instructiva, resulta manifiestamente incompatible con la consideración de esta como un medio de defensa

protegido por el derecho a la no autoincriminación tanto en su forma negativa, cuando el imputado ejerce su derecho a abstenerse de declarar sin que esa decisión pueda causarle perjuicio alguno; como en su forma positiva, cuando a su vez se le reconoce el derecho de prestar declaración y ampliarla cuando lo considere conveniente según su estrategia de defensa.

En consecuencia, considerando que la declaración del imputado no es un acto procesal de obligatoria realización, pues siendo un derecho corresponde en rigor ser ejercido a iniciativa e interés del propio imputado, no existe obstáculo alguno para que el proceso penal discurra normalmente hasta concluir con una sentencia en el caso del proceso sumario, o, transitar hacia la etapa de juicio en un proceso ordinario.

Sexto. Que, conforme al artículo 77 del Código de Procedimientos Penales de 1940, será de exclusiva responsabilidad del Fiscal durante la investigación preliminar, la realización de las diligencias necesarias para identificar y constatar la dirección domiciliaria real y actual del imputado, la cual deberá ser consignada en su respectiva formalización de denuncia a efectos de permitir la debida notificación de la instauración y continuación del proceso penal. Por su parte, el Juez solo procederá a emitir el auto de inicio del proceso penal sumario u ordinario, en tanto el Fiscal haya presentado los recaudos que acrediten el presupuesto antes anotado, de cara a garantizar en forma efectiva el derecho de defensa del imputado; y, por ende, el debido proceso.

Sétimo. Que siendo así, resulta pertinente cursar oficio circular a las Cortes Superiores de Justicia para que los órganos jurisdiccionales en materia penal, tengan en cuenta lo anotado precedentemente".

"SE RESUELVE:

Artículo primero. Oficiar a los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República para que se sirvan comunicar a los jueces de los órganos jurisdiccionales penales y/o mixtos que, considerando el derecho del imputado a la no autoincriminación, tienen que evaluar que no corresponde la declaración judicial de ausencia o contumacia en la fase instructiva del proceso penal sumario y ordinario, con el mandamiento de conducción compulsiva, en razón de su inconcurrencia u oposición expresa (oral o escrita) a presentarse a la diligencia de

declaración instructiva. En esa perspectiva, el proceso penal sumario puede concluir con una sentencia; así como el proceso penal ordinario puede transitar hacia la etapa de juicio, prescindiendo de la declaración del imputado, salvo que este lo solicite como medio de defensa.

Artículo segundo. Establecer que corresponde al Fiscal durante la investigación preliminar identificar y constatar la dirección domiciliaria real y actual del imputado. El juez solo podrá emitir el auto que da inicio al proceso penal sumario y ordinario, cuando en la formalización de denuncia se haya cumplido el presupuesto antes anotado con los recaudos respectivos; ello con el objetivo de garantizar la debida notificación judicial del imputado".

Si bien en esta circular hay un esfuerzo de optimizar el procedimiento de 1940 haciéndolo más garantista, y que si un procesado se niega a declarar en la instrucción, casi equivalente a la investigación preparatoria, y que razonablemente puede entenderse que la negativa a declarar instructivamente puede ser, no asistiendo a la convocatoria judicial, debe implicar por lo menos que se tenga evidencia que el procesado no va a declarar por esta razón y así tiene que manifestarlo, por ejemplo por escrito, porque si no empezamos a confundir su derecho a negarse a declarar con el riesgo de fuga que es un supuesto para dictar prisión preventiva. La circular no ha precisado esto, por lo que ese vacío debe ser cubierto razonablemente ya en la interpretación judicial, pues en una interpretación extensa pueden los procesados decir no voy al proceso, no por el problema de la auto incriminación, sino simplemente porque como no hay juzgamiento ausencia los plazos corran para que prescriba el delito, y la única formar de suspender estos plazos es con la declaracion de contumacia.

II. Contumacia en el NCPP

El imputado puede adquirir la situación jurídica de contumacia a petición del fiscal o de las demás partes, cuando:

- Del proceso aparezca evidente que el imputado pese a ser requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales.
- Fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso.
- No obedezca una orden de detención o prisión, conociendo la decisión judicial.

- Se ausente, sin autorización del fiscal o del juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir (art. 79.2).

Como la declaración de contumacia tiene efectos negativos sobre el derecho a la libertad, debe evaluarse prudentemente si existe el supuesto para disponer su ejecución. En esta línea, tenemos la resolución en el Exp. N° 1537-2008 3ER JIP Trujillo del 08-07-2008 que dice: "La renuencia del imputado a rendir su declaración indagatoria no puede justificar su declaración de contumaz, pues dicha orden resultaría desproporcionada, más aún si se tiene en cuenta que la declaración del imputado no es un acto de prueba sino un medio de defensa. En tal sentido, el imputado puede inclusive negarse a declarar pues lo protege la garantía de la no auto incriminación"(294).

III. Ausencia

Desde la doctrina procesal se reconoció la condición de reo ausente a aquella persona que se ignoraba su domicilio y esta desconocía el proceso penal. Un procesado en la condición de reo ausente tiene derecho a presentar actuación de medios de prueba a su favor. Si se reconoce que un ausente debe tener un abogado que le defienda y que puede absolvérsele, valorando pruebas en esa condición, no existe norma legal que impida que este pueda ofrecer los medios de prueba a su favor. Esta es una garantía, desde la óptica del derecho fundamental, la defensa consagrada en la Constitución Política del Estado inciso 14 del artículo 139. La única limitación podría ser por razones de pertinencia y legalidad, esto es, que tenga conexión con el hecho imputado, y además señala el Supremo Tribunal que la prueba ilegal de por si es impertinente, asimismo debe responder a la regla de necesidad de la prueba, y de oportunidad procesal.

La Ejecutoria Suprema Vinculante R. N. N° 1768 -2006, Loreto, del doce de julio de dos mil seis, respecto de esta institución regulada por el Código de Procedimientos Penales de 1940 y la aplicación de la norma descrita en el artículo 321 del acotado, ha establecido como regla jurídica lo siguiente: "(…) si bien es cierto el imputado tenía la condición de reo ausente, ello en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba pertinente, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, sin que desde el principio de proporcionalidad

(294) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 66.

puede justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, solo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad [vinculada a la regla de pertinencia, en tanto que lo ilegal es en sí mismo impertinente], así como por motivos de conducencia y utilidad [que responden a la regla de necesidad de la prueba], y de oportunidad procesal; que, en tal virtud, el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, que exige entender que el desarrollo del juicio oral no puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración".

El Supremo Tribunal establece que el procedimiento especial establecido en el artículo 321[(295)] del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, y que el juicio oral no puede concebirse como una simple lectura de piezas procesales, sino como una actividad procesal que implica la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración. Si bien esta regla es de aplicación para un juicio ordinario; sin embargo, la Suprema no dice nada respecto a los procesos sumarios donde la trasgresión de derechos del imputado es mayor. Generalmente, vemos que se declara ausente a un imputado y el fiscal ya formuló acusación, y si el juez es del parecer del Ministerio Público, mantiene una posición de condena expectante por lo que ordena la captura. Si el reo ausente es detenido, se le toma su declaración a veces sin Ministerio Público, luego se remite al fiscal, y este dice general y mecánicamente en su nuevo dictamen que la declaración del imputado no ha aportado nada nuevo a la investigación, por lo que se ratifica en la acusación y queda el camino expedito para alegatos y dictar sentencia. Y si el acusado solicita actuación de pruebas, se le dice que ya ha precluído la actuación probatoria, lo que no parece razonable y es violatorio del derecho de defensa del imputado ausente. Distinta es la posición del reo contumaz que ya conoce el proceso in-

(295) Artículo 321. Si en la instrucción figurasen acusados presentes y ausentes, el Tribunal nombrará para el juicio oral defensor para los ausentes. La sentencia absolutoria puede comprender a los ausentes; pero la condenatoria solo puede comprender a los presentes, reservándose respecto de los ausentes. Si estos se presentan o son aprehendidos después de expedida la sentencia contra los presentes, el Tribunal citará para la audiencia en que debe juzgarlos; en la cual únicamente se leerá la instrucción, el acta de los debates orales, la sentencia contra los reos que estuvieron presentes y la resolución de la Corte Suprema, si la hubiese; se examinará al acusado, se oirá los informes del Fiscal y del defensor y se fallará sin más trámite.

coado contra él y no solicita actuación de pruebas de descargo, por lo que hacerlo cuando es intervenido en el caso del sumario, tiene razonabilidad que se indique que la estación probatoria ha concluido.

En conclusión, podemos señalar que si bien es entendible que desde la óptica del sistema inquisitivo se limite derechos a los reos ausentes, y que la norma ha sido interpretada favoreciendo al imputado por el Tribunal Supremo; lo que se advierte es que la parte del artículo 321 del Código de Procedimientos Penales que dice que si el ausente es aprehendido, deberá ser citado a la audiencia en la cual **únicamente** se leerá la instrucción, el acta de los debates orales, la sentencia contra los reos que estuvieron presentes y la resolución de la Corte Suprema, si la hubiese; se examinará al acusado, se oirá los informes del Fiscal y del defensor, y **se fallará sin más trámite**; debiera ser inaplicada vía control difuso por los Jueces, porque contraviene la Constitución, sin perjuicio que se opte por ejercer el derecho de iniciativa legislativa que tiene la Corte Suprema con la finalidad de modificar la disposición.

1. El ausente en el NCPP

Un imputado es ausente cuando se ignora su paradero y no aparezca de los actuados que conozca del proceso. El juez, a requerimiento del fiscal o de las demás sujetos procesales, previa constatación, declarará ausente al imputado (art. 79.2). No difiere mucho de la concepción del régimen procesal de 1940.

IV. Reglas comunes para el contumaz y el ausente

La resolución que declara contumacia o ausencia dispondrá la conducción compulsiva del imputado, es decir, que es una orden de detención ejecutable. También se dispondrá se nombre un abogado defensor que podrá ser del Estado o uno propuesto por familiar del imputado. Esta defensa no es solo formal, pero en la práctica, por falta de personal en la Defensoría Pública del Ministerio de Justicia, el ausente o el contumaz quedan en indefensión, lo que debiera ser corregido, potenciando la defensa de oficio.

Los efectos de la declaración e contumacia o ausencia son los siguientes:

- No suspende la investigación preparatoria ni la etapa intermedia respecto del contumaz o ausente.
- No altera el curso del proceso con respecto a los demás imputados.

- Si se produce durante el juicio oral, el proceso debe archivarse provisionalmente respecto de aquel o aquellos.

- El contumaz o ausente puede ser absuelto, pero no condenado.

Si el ausente o contumaz se presentan en el proceso, se deben realizar las diligencias que requieran su intervención. Al realizarse los actos procesales, cesa el mandato de conducción compulsiva y todas las comunicaciones que se hubiesen cursado, por ejemplo, a la Policía Nacional. Si tuviese orden de detención o prisión preventiva, esta no será afectada por el cese de la conducción.

Capítulo V
El abogado defensor

I. Un poco de historia

La función del abogado es muy antigua. La palabra abogado proviene de la voz latina *advocatus*. Esta palabra está formada por la partícula ad- o "para" y el participio *vocatus o* "llamado", es decir, "llamado para la defensa".

En Caldea, Babilonia, Persia y Egipto los sabios patrocinaban al pueblo en sus respectivas causas. En Grecia, donde empieza la abogacía adquiere forma de profesión, y allí en una primera época los griegos se limitaban a hacerse acompañar ante el Areópago, o ante otros tribunales por amigos que con sus dotes oratorias contribuyesen a hacer prevalecer su derecho, sin percibir, por ello, ninguna retribución. Aunque estas actuaciones les permitían obtener importantes puestos públicos. Posteriormente, comenzaron a cobrar sus honorarios y se tiene a Pericles como el primer abogado profesional.

En Roma, la defensa estaba a cargo de la institución del patronato, pues el patrono estaba en la obligación de defender al cliente, pero por la complejidad de las instituciones hizo necesaria la formación de técnicos que fuesen a la vez grandes oradores y jurisconsultos. El Foro adquirió así su esplendor durante la República al punto que los pontífices eran elegidos de entre los profesionales de la abogacía, quienes llegaron a organizarse en los *Collegium Togatorum* antiguo antecedente de los Colegios de Abogados.

En España, la abogacía fue reflejo de la tradición romana, pero desapareció durante la invasión de los bárbaros; sin embargo, el Fuero Juzgo contiene normas relativas a los voceros o personeros, quienes representaban los derechos de otros. Son en las Partidas donde la defensa adquiere la consideración de oficio público. En el Título 31 de la Partida II, se determina los honores de los maestros de las leyes, concediéndoles honra de condes después de veinte años de ejercicios.

Los Reyes Católicos dedicaron su atención a los problemas de la administración de justicia y en la Ordenanzas Reales de Castilla llamado también

Ordenamiento de Montalvo se afina las normas para el ejercicio de la abogacía. La reglamentación fue proseguida en las Ordenanzas de Medina y en las Ordenanzas de los Abogados del año 1495. A partir de mediados del siglo XVI, los abogados se empiezan a reunir en Colegios, creándose, por ejemplo, el de Madrid en 1595. Carlos III, por un decreto del año 1796, dio la a los abogados la consideración de nobles y Caballeros. En la Novísima Recopilación se reunieron todas las normas existentes sobre las reglas para el abogado y rigieron, hasta que en 1809, fue promulgada una ley sobre organización del Poder Judicial.

II. Definición

Abogar implica defender en juicio por escrito o de palabra; abogacía es profesión y ejercicio de abogado, y abogado es perito en el derecho que se dedica a defender en juicio los derechos o intereses de los litigantes, y también a dar dictamen sobre cuestiones que se le consulten.

Carlos Cuadros Villena, en su obra *Ética de la abogacía y deontología*, cita al Código de Justiniano que en su parecer proporciona una de las más completas y bellas definiciones de la abogacía: "No creemos que en nuestro imperio militar solamente los armados de espadas, escudos y corazas, sino también los abogados. En efecto militan los patronos de las causas, quienes confiando en el arma de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren".

Bielsa no cree necesaria una definición del abogado, ya que el concepto es claro y expresivo por sí mismo. Recuerda que según el Digesto, Libro III, título 1 y 2, que el papel de un abogado son exponer ante el juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión de otros.

El elevado concepto de la abogacía se puede encontrar, en el derecho romano, que definió a la **jurisprudencia como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto.**

III. Formación del abogado

La formación del abogado debe ser amplia pero no basta para la actuación del abogado. La pericia en derecho es la herramienta de trabajo, pero por encima de ella está la rectitud de conciencia, su sentido de justicia, su sacrificio y también valor para afrontar la contienda judicial.

Bielsa afirma que la cualidad esencial del abogado es el sentido de la justicia y desde luego su amor al estudio; su inteligencia, su facultad de abstracción de generalización. Pero lo necesario en esta profesión es inteligencia y carácter

El atributo esencial del abogado es su moral, que es el *substratum* de la profesión, la abogacía es un sacerdocio; la nombradía del abogado se mide por su talento y por su moral. La creencia generalizada de que los buenos abogados son los listos o pillos es infortunada y falsa.

Angel Osorio estima que, en el abogado, la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos, pues primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último.

El maestro Jiménez de Asúa decía que nuestra profesión es ante todo ética, pues el abogado debe saber **Derecho**, pero principalmente debe ser un hombre recto. Catón se refería al abogado como **un hombre de bien** que sabe hablar.

En el siglo XVIII, el francés Camus con relación a lo dicho por Catón afirmaba que un abogado es un hombre de bien, capaz de aconsejar y defender a sus conciudadanos. Agregó al talento de hablar el de aconsejar. Al mismo tiempo, que el abogado habla y escribe como un orador, quiero que piense y razone como un jurisconsulto; pero establezco mi definición sobre la misma base sobre la que **Catón funda la suya: la calidad de hombre de bien es siempre lo primero.** A veces se cuestiona esto pero que hacemos con un abogado conocedor del derecho ampliamente pero su comportamiento está inspirado por el mal. Es una peligrosa mezcla.

Eduardo Couture dice que la abogacía es un constante servicio a los valores superiores que rigen la conducta humana. La profesión demanda, en todo caso, el sereno sosiego de la experiencia y del adoctrinamiento en la justicia; pero cuando la anarquía, el despotismo o el menosprecio a la condición del hombre sacuden las instituciones y hacen temblar los derechos individuales entonces la abogacía es militancia en la lucha por la libertad.

IV. La defensa técnica

El CPPMI señala los requisitos que deben tener los que van a dedicarse a la sacrificada tarea de la defensa judicial así:

> "**53. Capacidad**. Podrán ser elegidos defensores quienes posean el título de abogado o de doctor en Derecho, expedido por una universidad

> del país reconocida por la legislación vigente, o admitido en el país conforme a los tratados y disposiciones que rigen en la materia.
>
> La inscripción en la matrícula correspondiente, según la legislación vigente, no será en un primer momento, requisito indispensable para autorizar su intervención, pero el juez fijará un plazo, prorrogable según las necesidades del caso, para que el defensor cumpla con la reglamentación. Vencido el plazo, cesará su intervención y se procederá conforme a las reglas del abandono".

Los defensores son abogados como licenciatura o doctores en Derecho que en nuestro país por ejemplo forma parte del grado académico. El defensor debe estar en un registro, como los Colegios Profesionales de Abogados en el caso peruano.

Se pueden dar situaciones en que no se puede permitir la presencia de un determinado abogado defensor en razón de tener alguna incompatibilidad que puede mellar la defensa técnica:

> "**54. Admisión y apartamiento del defensor**. No se admitirá la intervención de un defensor en el procesos o se lo apartará de la participación ya acordada, cuando haya sido testigo del hecho o cuando, por decisión fundada, se compruebe como muy probable que:
>
> 1) él ha participado o participa en alguno de los hechos punibles que conforman el objeto de la investigación;
>
> 2) él es partícipe en el delito de encubrimiento o favorecimiento de esos hechos concretos;
>
> 3) él participa con el imputado en una asociación ilícita o banda, que guardan relación con el hecho punible que conforma el objeto de la investigación;
>
> 4) participa en la evasión del imputado o en su tentativa.
>
> El grado de sospecha debe ser equivalente al que se exige para el auto de apertura del juicio, aunque por motivos fácticos o jurídicos no haya sido posible dictarlo aún.
>
> La inadmisibilidad o el apartamiento no comprende su propia defensa, pero se extiende a los demás imputadores en el mismo procedimiento".

Definitivamente es claro que si el abogado ha participado en el hecho delictivo, o es testigo tiene una obligación como ciudadano en el esclarecimiento de los hechos, si tiene esta situación, y no es admisible que sea abogado e imputado, salvo que lo sea del mismo.

> "**55. Revocación**. La inadmisibilidad o el apartamiento serán revocados, por decisión fundada:
>
> 1) tan pronto desaparezcan su s presupuestos;
>
> 2) cuando el defensor fuere sobreseído o absuelto en el proceso que motivó su exclusión;
>
> 3) cuando transcurrido un año de dictada la resolución que lo excluye, no se le hubiere sometido a juicio, salvo que motivos jurídicos tornen imposible su enjuiciamiento".

Si desaparecen los supuestos que permitieron el desplazamiento como defensor puede ser revocada la decisión para que pueda intervenir en el proceso judicial. Los defensores de acuerdo a la fase serán admitidos por admitidos por el ministerio público o por el tribunal competente (art. 56). La separación de un abogado debe ser realizado por el Tribunal de Casación que podrá ordenar una investigación sumaria, en caso necesario, encomendando a uno de sus miembros que la lleve a cabo y, previa audiencia del defensor cuestionado, emitirá la decisión. La revocación procederá de oficio o a pedido fundado del interesado. Esta regla nos parece burocrática y quien tiene la facultad de evaluar esto es la misma instancia que apersona, fiscal o juez.

> "**58. Defensor común**. La defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por un defensor común es, en principio, inadmisible.
>
> El tribunal competente, según el periodo del procedimiento, o el ministerio público, a pedido del defensor, podrá permitir la defensa común cuando con evidencia no exista incompatibilidad. Cuando se advierta la incompatibilidad, esta situación podrá ser corregida de oficio, proveyendo a los reemplazos necesarios, según está previsto para el nombramiento de defensor".

Esta regla también debe matizarse en cuanto a si son una pluralidad de imputados y no tienen intereses o versiones contradictoria, no vemos razón que nos e permita que un abogado los defienda.

> "**59. Número de defensores**. El imputado no podrá ser defendido simultáneamente por más de dos abogados, durante los debates o en un mismo acto.
>
> Cuando intervengan dos o más defensores, la notificación practicada a uno de ellos bastará respecto de ambos, y la sustitución del uno por el otro no alterará los trámites ni los plazos. Ambos, no obstante, conservarán sus facultades autónomas, salvo cuando la ley, expresamente, imponga una división de funciones".

Un imputado puede tener los abogados que estime conveniente, pero para efectos de la defensa la estrategia es única y la intervención de los abogados debe ser también del designado para la audiencia respectiva. Lo fundamental no es crear un caos en el proceso con la presencia de varios abogados que se entrecruzan y que incluso pueden afectar la defensa del imputado.

V. La eficiencia de la defensa técnica en el Derecho anglosajón

Consideramos que el abogado tiene que realizar la defensa con responsabilidad y con diligencia, pues una actitud contraria puede conllevar a que se genere indefensión del imputado o acusado, y contribuya a que este no salga bien librado en un proceso penal. Hay casos en los que las pruebas son sólidas y pese a que el abogado ha realizado una defensa inteligente y ardorosa, el imputado es condenado. Estas son variables que no puede manejar la defensa porque no las puede controlar. El sistema procesal norteamericano tiene como base del derecho a la defensa la Sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que dice: "En todos los juicios penales, el imputado debe (...) tener la asistencia de un abogado para su defensa". Esto es fundamental dentro de un proceso penal con garantías.

Defensa ineficaz de un defensor

En Caso Strickland v. Washington[296] (466 U.S. 668, 685) (1984) la jurisprudencia definió los estándares apropiados para evaluar si la Constitución requiere que una condena o una pena de muerte sea desestimada cuando la asistencia del defensor fue ineficaz durante el juicio o durante la determinación de la pena. En este caso, el imputado se había declarado culpable de dos de tres asesinatos, además de otros crímenes, y el juez determinó que había insuficien-

(296) Los casos han sido extraidos de <http://procesalpenalcam.blogspot.com/2009/09/jurisprudencia-de-la-suprema-corte-de.html#.VPV66vmG8iF> [Fecha de consulta: 1 de febrero de 2015].

tes circunstancias atenuantes por lo que condenó al imputado a muerte. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Florida. El sentenciado alegó en su recurso que su defensor **le había provisto asistencia ineficaz** durante el procedimiento de sentencia. La sentencia definió que el hecho de que un abogado esté presente en el juicio junto al imputado es insuficiente para satisfacer la Sexta Enmienda que reconoce el derecho a un defensor, ha sido interpretado por la Corte como **el derecho a la asistencia efectiva de un defensor**.

Cuando una defensa es ineficaz y es la base para que la sentencia condenatoria sea revocada. La Corte estableció dos supuestos:

Primero, el imputado debe demostrar que el rendimiento del defensor fue deficiente. Esto requiere demostrar que el defensor cometió errores tan graves que no funcionaba como "abogado" garantizado al imputado por la sexta enmienda.

Segundo, el imputado debe demostrar que el rendimiento deficiente perjudicó la defensa. Esto requiere demostrar que los errores del defensor fueron tan graves que privaron al imputado de un juicio imparcial cuyo resultado sea fidedigno. La forma para evaluar a la defensa es su actuación conforme a las normas de abogacía. Esto es importante cuando en la práctica vemos que los abogados presentan recursos manifiestamente improcedentes lo cual se deba a razones de ignorancia de las normas procesales, lo que va en desmedro del acusado.

Señalan los jueces que la medida apropiada para el rendimiento del defensor es la razonabilidad de su actuación bajo las normas profesionales predominantes. Que en ciertos contextos de la Sexta Enmienda, el perjuicio se presume cuando hay denegación actual de la asistencia de un defensor. Cuando el abogado le dice al cliente, no lo voy a defender ya le está generando un perjuicio porque no tiene defensa técnica. A veces esto se hacer por el no pago de honorarios, pero el abogado no puede ser un chantajista, pues –ante todo– tiene un deber con la justicia.

La alegación por ineficacia no es válida si el imputado no logra la demostración necesaria de rendimiento deficiente o de suficiente perjuicio.

En este caso, se dio un fallo doble. El imputado no demostró que las deficiencias en la asistencia del defensor hayan hecho fallar al sistema adversarial, y que por eso la sentencia sea poco fidedigna. La Corte falló que el procedimiento de sentencia no fue fundamentalmente injusto.

En su voto disidente, el Juez Marshall sostuvo que la garantía constitucional a la asistencia eficaz de un defensor no solo funciona para reducir la posibilidad de que una persona inocente sea condenada, pero también funciona para asegurar que las condenas sean obtenidas solo mediante procedimientos fundamentalmente justos.

El Juez Marshall no está de acuerdo con el argumento de la mayoría, que consiste en decir que la sexta enmienda no es violada cuando el imputado evidentemente culpable es condenado después de un juicio en el cual fue **representado por un defensor evidentemente ineficaz**. Sostiene además que cada imputado tiene derecho a un juicio en el cual sus intereses son defendidos conscientemente y con vigor por un defensor capaz.

El Juez Marshall dice que un procedimiento en el cual el imputado no recibe asistencia significativa para confrontar las fuerzas del Estado no constituye el debido proceso.

• Caso Burger v. Kemp, (483 U.S. 776, 795 (1987)

Un rendimiento menos que perfecto no necesariamente hace que dicho rendimiento sea inadecuado, mientras que la representación esté basada en decisiones profesionales razonables.

La Corte falló que la decisión del defensor de no investigar completamente la historia personal del imputado y no ofrecer pruebas mitigantes en dos audiencias para la pena de muerte fue apoyado por el criterio profesional razonable, en que sus entrevistas y estudios de reportes indicaron que una explicación de la historia personal del imputado no hubiera minimizado el riesgo de la condena de muerte.

• Kimmelman v. Morrison, (477 U.S. 365, 387 (1986)

Este caso está vinculado al conocimiento o ignorancia del abogado frente a la ley o ignorancia del derecho relevante; y si esto ha influido en la condena del acusado.

La deficiencia puede ser probada donde la ignorancia o el malentendido del derecho relevante por parte del defensor afecta la estrategia del juicio en perjuicio del acusado. La Corte dijo que el defensor al omitir la proposición de prueba y solicitar la supresión de pruebas obtenidas en violación de la cuarta enmienda, basado en su creencia errónea de que la Fiscalía debía presentar toda prueba incriminatoria en su posesión, constituyó representación deficiente que afectó al imputado.

Esta deficiencia la hemos apreciado cuando en juicio los abogados defensores repiten el estribillo "el fiscal tiene la carga de la prueba", como si esto significara que ellos no están obligados a ofrecer nada, o que deben mantener una actitud pasiva. Otras veces dicen "nos adherimos a las pruebas de la fiscalía" que son todas en contra del acusado. Entonces aquí observamos a un abogado que trabaja en función de la Fiscalía, sin estrategia propia. También en el lado del ofrecimiento a veces la defensa pide que vengan a juicio los testigos que han declarado en contra del acusado para "el esclarecimiento", salvo que sea para someterlos a un contra interrogatorio. Esto tiene que ver con una deficiente formación del abogado en el Derecho Procesal, y las técnicas de litigación.

• Caso Gideon v. Wainwright (372 U.S. 335, 344 (1963)

Representa el estatus moderno en las Cortes Federales de la regla con respecto al test de la eficacia de la representación por un defensor.

La Corte falló que la cláusula en la Sexta Enmienda dice que en todos los juicios penales, el acusado debe gozar del derecho a la asistencia de un defensor para su defensa, y que, mediante la Decimocuarta Enmienda(297), los tribunales estatales, como los tribunales federales, deben proveer defensor para acusados indigentes, a menos que este derecho ha sido inteligentemente y competentemente renunciado. En un sistema adversarial de justicia penal, cualquier persona citada ante un tribunal y demasiado pobre para contratar a un abogado, sería privada de un juicio justo a no ser que un defensor sea provisto para ella. En este fallo, la Corte dijo que el derecho a ser oído tendría poco significado sin el derecho de ser oído por un defensor. El lego carece de la habilidad y el conocimiento para preparar su defensa, aun en el caso de que tenga una defensa perfecta. Sin la asistencia de un defensor en cada paso de los procedimientos, hasta el lego inocente arriesga ser condenado, ya que él no sabe cómo establecer su inocencia(298).

• Caso McMann v. Richardson (397 U.S. 759 (1970)

La Corte Suprema falló que los imputados quienes por consejo de su abogado se habían declarado culpables, no tenían el derecho a una audiencia para considerar las peticiones de hábeas corpus (alegando que sus confesiones habían

(297) **Sección 1.** Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.

(298) Se cita caso Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 68-69 (1932).

sido coaccionadas, y que las confesiones obtenidas incorrectamente indujeron las declaraciones de culpabilidad). Para que el derecho a un defensor sirva su propósito, los imputados no pueden ser dejados a la merced de defensores incompetentes, y los jueces deberían hacer un esfuerzo para mantener estándares apropiados de rendimiento por defensores que representen imputados en juicios penales en sus tribunales.

• Caso Lockhart v. Fretwell (506 U.S. 364 (1993)

El defensor no puso objeción a la introducción de cierta prueba en la etapa condenatoria del juicio cuando ya había sido introducida durante la etapa para determinar culpabilidad, aparentemente porque ignoraba la ley relevante que hubiera excluido tal prueba duplicada. La alegación de que un defensor ha brindado asistencia constitucionalmente ineficaz tiene dos componentes: primero, el imputado debe demostrar que el rendimiento del defensor fue deficiente, y segundo, el imputado debe demostrar que el rendimiento deficiente perjudicó su defensa. Id. en 369. El componente de "perjuicio" del test de Strickland se centra en la cuestión de si el rendimiento del defensor vuelve el resultado del juicio poco fidedigno o el procedimiento fundamentalmente injusto. Id. en 371. La falta de fiabilidad o la injusticia no resultan si la ineficacia del defensor no priva al imputado de un derecho sustantivo o procesal. Id.

• Caso Brewer v. Williams, (430 U.S. 387, 398) (1977)

El derecho a un defensor de la Sexta Enmienda es efectivo para "juicios penales". Por lo tanto, el derecho es efectivo solo en cuanto comience la etapa preponderantemente adversarial, como la audiencia preliminar, la acusación, o la comparecencia.

• Massiah v. United States, (377 U.S. 201, 206) (1964)

La Corte interpretó la Sexta Enmienda para prohibir al Estado que provoque deliberadamente información incriminatoria de un acusado, sin defensor, y después de que los procedimientos penales hayan comenzado. En Massiah v. United States, los agentes federales provocaron deliberadamente palabras incriminatorias del imputado después de la acusación y sin presencia de un defensor, y aquel testimonio luego fue usado contra el acusado en su juicio. La Corte falló que el acusado fue privado de las protecciones básicas del derecho a un defensor de la Sexta Enmienda, la cual se aplica a interrogatorios indirectos y secretos, como también a que los interrogatorios que se lleven a cabo en el ámbito carcelario. La imposición en este caso fue más grave, ya que el acusado no estaba consciente de que lo interrogaba un agente oficial.

• Caso Kuhlmann v. Wilson, (477 U.S. 436,457) (1986)

Una técnica de investigación constituye provocación si es "equivalente a un interrogatorio directo por policía". Para que ocurra una violación de la Sexta Enmienda, el imputado deber probar que la policía y su informante tomaron medidas que se extendieron más allá de simplemente escuchar, y que fueron diseñados a propósito para obtener testimonio incriminatorio.

• Caso Rogers v. Richmond (365 U.S. 534) (1961)

- La policía crea una oportunidad para declaraciones incriminatorias.

Una confesión obtenida por amenaza de tratamiento especialmente severo (dirigida hacia al sospechoso u otra persona) puede ser inválida. Aquí, la Corte suprimió una confesión como involuntaria porque fue obtenida en respuesta a una amenaza policial ilícita de poner bajo custodia a la esposa del sospechoso.

• Caso United States v. Henry (447 U.S. 264, 266) (1980)

La provocación deliberada puede ocurrir cuando el Estado crea una situación que aumenta la probabilidad de inducir al imputado a ofrecer declaraciones incriminatorias. En este caso, el FBI colocó a su informante, quien sería pagado solo si producía información útil, en la celda del imputado quien ya había sido formalmente acusado. El FBI aconsejó al informante "que esté alerta a cualquier declaración" que el imputado haga, pero que no inicie conversaciones ni haga preguntas". El informante sin embargo introdujo al imputado en una conversación, durante la cual el imputado hizo declaraciones incriminatorias. El Estado trató de introducir las declaraciones en el juicio. Centrándose en varios factores (que el informante pagado tenía un incentivo para provocar las declaraciones del imputado, que el informante era ostensiblemente solo un preso compañero, y que el imputado estaba bajo custodia cuando el informante lo entabló en la conversación), la Corte falló que el Estado había creado intencionalmente una oportunidad para que el imputado se autoincrimine sin asistencia de un defensor, y que de ese modo había violado el derecho del imputado a un defensor garantizado por la Sexta Enmienda.

• Caso Illinois v. Perkins (496 U.S. 292, 296) (1990)

La Corte falló que las conversaciones entre los sospechosos y los agentes secretos no resultan alcanzadas por los estándares fijados en Miranda. Los elementos de un "ambiente dominado por policías" y la coacción "inherente" abordadas en Miranda están ausentes cuando un preso se comunica libremente con alguien que él cree un preso compañero. Por lo tanto, un agente oficial

secreto haciéndose pasar por un preso puede plantearle preguntas al sospechoso que podrían provocar una respuesta incriminatoria. En su voto disidente, el juez Marshall sostuvo que si el imputado no recibió las advertencias de Miranda antes de ser sometido a un interrogatorio bajo custodia, la confesión no debería haber sido admitida como prueba. Además, la excepción a Miranda permitida por la mayoría habilita que policías se aprovechen de sospechosos que no tengan conciencia del alcance de sus derechos constitucionales. En este caso, la interacción no fue una "conversación," sino un interrogatorio, donde el sospechoso fue sometido a un interrogatorio que haría más probable la provocación de una respuesta incriminatoria. Cuando la policía realiza un interrogatorio bajo custodia, como para compeler al sospechoso a que revele información incriminatoria, él debe informar al sospechoso de sus derechos constitucionales y darle la oportunidad para decidir si responderá o no. El juez Marshall también sostiene que dados los agobios psicológicos del encarcelamiento, un sospechoso es más propenso a buscar alivio por medio de la conversación, y ello da al Estado una ventaja para provocar declaraciones incriminatorias.

• Caso Arizona v. Fulminante, (499 U.S. 279) (1991)

Una confesión no es necesariamente un producto de la coacción donde la policía expresa o implícitamente promete menos severidad a cambio de la cooperación del sospechoso.

Aunque el imputado inicie el encuentro con el informante, el Estado puede haber creado ilegalmente una oportunidad para que el acusado se auto-incrimine en violación de la sexta enmienda.

• Caso Maine v. Moulton (474 U.S. 159, 164) (1985)

Después de la acusación formal del imputado, la policía colocó un instrumento de grabación en el teléfono del informante. El imputado, sin conocimiento alguno de que estaba siendo grabado, llamó al informante tres veces por teléfono, y durante las conversaciones habló de los cargos penales contra él. La Corte falló que el derecho del imputado a un defensor garantizado por la Sexta Enmienda fue violada por la creación por parte del Estado de una oportunidad para que el imputado se auto-incrimine sin la asistencia de un defensor, aunque haya sido el imputado el que inició las conversaciones.

• Caso McNeil v. Wisconsin, (501 U.S. 171, 175) (1991)

El interrogatorio debe relacionarse específicamente al delito. El derecho a un defensor bajo la cuestión de la Sexta Enmienda no es efectivo para declaraciones incriminatorias que se refieren a otros delitos por los cuales el acusado puede estar bajo investigación.

• Caso Michigan v. Jackson (475 U.S. 625) (1986)

El alcance de la regla de exclusión de la Sexta Enmienda. En el caso se falló que si la policía inicia un interrogatorio después de la aserción del derecho del imputado a un defensor, en una comparecencia o procedimiento similar, cualquier renuncia del derecho a un defensor para ese interrogatorio es inválida.

• Caso Michigan v. Harvey (494 U.S. 344, 346) (1990)

Las declaraciones incriminatorias pueden ser usadas para impugnar un testimonio inconsistente o falso del imputado si el imputado posteriormente renunció el derecho, aunque la conducta policial inapropiada prohíbe la admisión de las declaraciones como pruebas substantivas(299).

De estos fallos de la jurisprudencia norteamericana podemos extraer orientaciones a nuestro sistema procesal para optimizar las garantías en favor de quienes son imputados por cargos penales. No se trata de promover la impunidad sino de construir un proceso penal civilizado.

VI. El abogado defensor en la Ley Orgánica y el NCPP

La Ley Orgánica del PJ reconoce que la abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho puesto que si bien es un oficio del cual vive la persona por los honorarios de su cliente, esto no le exime de tener conciencia de la finalidad axiológica de la profesión. Se reconoce el derecho a que toda persona tenga derecho a ser patrocinada por el abogado de su libre elección (art. 284 de la LOPJ).

El abogado para ejercer debe contar con título de abogado expedido por universidad pública o privada debidamente reconocida por la Asamblea Nacional de Rectores ante el aumento de facultades de derecho de ínfima calidad académica; hallarse en ejercicio de sus derechos civiles por ejemplo no haber sido inhabilitado para ejercer; tener inscrito el Título Profesional en la Corte Superior de Justicia donde va a ejercer y estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el Distrito Judicial más cercano (art. 285).

(299) Vide: <http://procesalpenalcam.blogspot.com/2009/09/jurisprudencia-de-la-suprema-corte-de.html#>. VPV66vmG8iF [Fecha de consulta: 14 de enero de 2015].

Hay impedimentos para que un determinado asuma la defensa, como el hecho de haber sido suspendido en el ejercicio de la abogacía por resolución judicial; haber sido suspendido en el ejercicio por medida disciplinaria del Colegio de Abogados en donde se encuentra inscrito, o no se halle hábil conforme al estatuto del respectivo colegio por no pagar las cuotas de afiliación; haber sido inhabilitado para ejercer la abogacía por sentencia judicial firme; ha sufrido destitución de cargo judicial o público, en los cinco años siguientes a la aplicación de la sanción; y, se encuentre sufriendo pena privativa de la libertad impuesta por sentencia judicial condenatoria firme.

La función pública es un supuesto de incompatibilidad para patrocinar como son los magistrados, fiscales y procuradores públicos; el Presidente de la República y los vicepresidentes, los ministros de Estado, los congresistas entre otros funcionarios públicos.

1. Deberes del abogado patrocinante

La Ley Orgánica en su artículo 288 establece los deberes que tienen los abogados no solo con su cliente sino con la Administración de Justicia y con la sociedad, que son los siguientes:

1. Actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados. Desde una perspectiva teleológica el abogado si bien es defensor de las pretensiones de su cliente, debe estar impregnado de un sentido de justicia y debe contribuir al esclarecimiento del caso.

2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. Esta regla es invocada por los jueces cuando se advierte que el abogado actúa maliciosamente, presentando recursos manifiestamente improcedentes siendo pasible de sanción disciplinaria.

3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional, las cuales son fijadas por el Colegio de Abogados en el que se encuentre registrado. Es inadmisible una actuación ilícita de los abogados.

4. Guardar el secreto profesional. Esta obligación, que tiene incluso sanción penal, debe que ser respetado escrupulosamente por la defensa. En el país se han visto casos que el abogado por un afán de publicidad informa aspectos de la defensa que debieran ser autorizados por el cliente incurriendo en infracción.

5. Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice. La defensa de los abogados puede tornarse en apasionada explicable por los derechos de su cliente que están involucrados e incluso los jueces pueden ser cuestionados en sus decisiones pero estos deben hacerse sin ánimo de ofensa y con moderación. En la práctica judicial se ve a veces escritos plagados de adjetivos no solo contra el juez, sino contra las partes, y que pese a que dentro de un proceso su conducta es atípica desde la perspectiva penal, esto no impide que sea sancionado por el juez o se derive al Colegio de Abogados.

6. Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado. La diligencia es una exigencia a las abogados cuando ejercen el patrocinio pues tienen la delicada tarea de defensa de los derechos de sus clientes. Esto tiene que ver con la excelencia del servicio que están obligados a dar. Un abogado poco diligente o negligente deja en indefensión a su patrocinado.

7. Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso. El abogado tiene responsabilidad en aconsejar a su cliente que tenga un debido comportamiento, actuando con prudencia y cordura. Sucede que a veces por la tensión de los procesos que las partes pueden exaltarse y llegar al agravio verbal. Sin perjuicio de las sanciones que recaiga, el abogado debe contribuir en la moderación de su cliente si este no guarda el debido respeto al magistrado.

8. Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente. Esta obligación no solo tiene un contenido patrimonial, pues por los servicios prestados recibe una contraprestación expresada en sus honorarios sino que tiene un contenido de carácter ético.

9. Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga. Esta obligación está vinculada a la reserva de los contenidos del proceso penal, salvo que tenga autorización del juez.

10. Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito. Estos datos son sustanciales para la identificación del abogado y verificar que está habilitado para ejercer la

profesión y también prevenir la suplantación por los denominados tinterillos.

11. Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía. La profesión de abogado importa una preparación universitaria por lo que la proliferación de personas que patrocinan ilegalmente sin contar con título deben ser denunciados ante el Ministerio Público y los Colegios de Abogados.

12. Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realizase el respectivo Colegio de Abogados. Es lo que se conoce en otros sistemas como el Pro Bono o para el bien público que consiste en una prestación de asesoría jurídica sin retribución alguna. Esto tiene como contraparte el derecho del imputado de contar una defensa gratuita cuando no tenga recursos económicos. Los servicios de defensas gratuitas pueden ser sostenidos por los Colegios de Abogados, universidades, municipalidades o parroquias. Los magistrados solicitan directamente al respectivo Colegio de Abogados que designe al abogado que debe encargarse de una defensa, cada vez que se presente la necesidad de hacerlo. Los Colegios de Abogados remiten anualmente a la Corte Superior la nómina de abogados hábiles (art. 296 de la LOPJ).

Tratándose de los defensores gratuitos o los de oficio, por incumplimiento de obligaciones o por negligencia o ignorancia inexcusables, los Magistrados comunican el hecho a los respectivos Colegios de Abogados, para la aplicación de las sanciones disciplinarias (art. 304 de la LOPJ).

2. Derechos del abogado patrocinante

1. Defender con independencia a quienes se lo soliciten en cualquier etapa del proceso. El abogado puede realizar la defensa por quien requiera sus servicios en cualquier etapa del proceso y antes del mismo, en la investigación preliminar sin limitaciones.

2. Concertar libremente sus honorarios profesionales. En una economía de mercado los precios se establecen a partir de la oferta y la demanda que es el marco donde el abogado pacta libremente con su cliente sus honorarios.

3. Renunciar o negarse a prestar defensa por criterio de conciencia. Este derecho está vinculado a la escala valorativa que tiene cada abogado para prestar su asesoría a determinados clientes. Es parte de su libertad.

4. Exigir el cumplimiento de la defensa cautiva. Es aquella defensa que asume un Abogado Colegiado en un proceso y representa el derecho a la libertad de elegir sin ningún tipo de coacción la asistencia y ayuda profesional más favorable.

5. Informar verbalmente o por escrito en todo proceso judicial, antes que se ponga fin a la instancia. El derecho a ser oído a partir de la defensa técnica es consustancial con el debido proceso.

6. Exigir el cumplimiento del horario del despacho judicial y de las diligencias o actos procesales. El cumplimiento de las diligencias es obligación tanto del Ministerio Público y del Poder Judicial y una forma de contribuir en la celeridad procesal, y del respeto de la actividad del abogado y los justiciables.

7. Ser atendido personalmente por los magistrados, cuando así lo requiera el ejercicio de su patrocinio. Si bien son las audiencias del proceso el espacio natural donde el magistrado debe oír a las partes, y las entrevistas personales no lo son, esto no implica la negativa de entrevista de los abogados centrado básicamente en temas puntuales como celeridad en el trámite o el cumplimiento del plazo para emitir resolución o alguna petición realizada por escrito y que será resuelto en despacho sin necesidad de vista.

8. Recibir de toda autoridad el trato que corresponde a su función. Siendo una actividad importante la defensa jurídica, el abogado debe recibir un trato respetuoso y digno de parte de las autoridades, dentro de los marcos de la ley, lo que no debe entenderse como favoritismo o parcialidad (art. 289).

En el NCPP se le reconoce derechos específicos en el proceso penal que complementan o desarrollan los reconocidos por la LOPJ (art. 84) y son los siguientes:

- Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial. La defensa es plena desde la incoación de la acción penal por el Ministerio Público. El derecho tiene concordancia con lo establecido por la LOPJ en su artículo 293 que consagra el derecho de defensa irrestricto y que ninguna autoridad puede impedir este ejercicio, bajo responsabilidad.

- Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos, siempre bajo las reglas de pertinencia e idoneidad.

- Recurrir a la asistencia de un perito durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para hacer una mejor defensa. El perito no intervendrá de manera directa.

- Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de Investigación por el imputado que no defienda. Esto responde a la lógica que en los actos de investigación hay un contradictorio limitado.

- Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes. El ofrecimiento de pruebas es un derecho que tiene el abogado para sustentar su teoría del caso.

- Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite. La defensa en la búsqueda de defender las pretensiones de sus patrocinados va a realizar solicitudes y obtener el pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

- Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en las leyes y además obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento. Como vemos el expediente no desaparece en el sistema acusatorio adversarial aunque si es más reducido por la preeminencia de la oralidad. El abogado defensor tiene el derecho de informarse sobre el contenido tanto de la carpeta fiscal como la judicial. Esta información es importante para estructurar una defensa eficiente. La reserva de la investigación preparatoria es para el público en general, pero no para la defensa que tiene derecho de solicitar se le expidan copias simples a fin de hacer la defensa con eficiencia.

- Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado. Esto va unido al derecho del imputado de contar con el asesoramiento de un abogado cuya intervención es irrestricta incluso en las fases más cerradas, cuando la fiscalía declara el secreto o reserva del proceso.

- Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya

sean naturales o jurídicas. El derecho de expresarse con libertad, oral o por escrito tiene un límite, que no haya ofensas contra las partes

- Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y todos los demás medios de defensa siempre dentro de los límites establecidos al interior del proceso, por ejemplo, planteada una excepción de improcedencia de acción, debe contener medios de prueba para sostener ese medio de defensa.

3. La representación procesal

El apersonamiento de abogado y la delegación procesal tiene su fuente en el artículo 290 de la LOPJ que señala que en los procesos, sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley. En el caso de interposición de medios impugnatorios, el abogado no requiere poder especial. La representación puede ser complementada con las reglas del artículo 74 del CPC que establece que la representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representad con la salvedad de las facultades expresas que la ley exige. La representación es otorgada para todo el proceso, y la ejecución de la sentencia, el cobro de costas, etc.

Las facultades especiales vinculadas al proceso penal son aquellas en las que se realizan actos de disposición de derechos sustantivos. Estas facultades funcionan a plenitud en los procesos de persecución privada en la que las partes pueden conciliar o el querellante puede desistirse, o pueden convenir en el monto indemnizatorio.

En el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente (art. 75, del CPC).

VII. La defensa gratuita

En el caso de imputados se les garantiza la gratuita de la defensa, siendo este un deber del Estado. Solo pensemos que el imputado tiene como contraparte al Ministerio Público que está constituido por abogados. Si no puede tener un abogado queda en la indefensión, y sin igualdad ante la ley. La gratuidad de la defensa a quienes tienen escasos recursos económicos está reconocida por

el artículo 295 de la LOPJ y también tiene connotación constitucional como principio del sistema procesal penal.

VIII. La defensa de oficio

El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio es una especie de la defensa gratuita y está a cargo del Ministerio de Justicia para todos aquellos quienes dentro del proceso penal por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección. Además, la necesidad de abogado de oficio se da cuando sea indispensable su nombramiento para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso (art. 80).

En un proceso penal, el abogado puede patrocinar a una pluralidad de imputados, siempre que no existan intereses contrapuestos, pues no se concibe que defienda a un imputado que está sindicando a otro y este niegue (art. 81).

IX. La defensa colectiva

Los abogados pueden patrocinar individual como colectivamente. Si integran un estudio, pueden sustituirse en el patrocinio de los asuntos a su cargo y se representan unos a otros en la Fiscalía o en los órganos jurisdiccionales. De conformidad con el artículo 291 de la LOPJ, la conformación de un estudio colectivo es puesta en conocimiento de las Cortes y del Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.

Los estudios colectivos pueden ejercer la defensa de un mismo procesado de forma conjunta o separada. Si concurren varios abogados asociados a las diligencias, uno solo ejercerá la defensa, debiendo limitarse los demás a la interconsulta que reservadamente le solicite su colega. Sino imaginemos interviniendo sobre lo mismo dos o tres abogados, lo que no tiene sentido. Las notificaciones efectuadas en el domicilio procesal señalado por el estudio comprenderán a todos y cada uno de los abogados que participan en la defensa. Estos no podrán exigir notificación individual.

X. Reemplazo de abogado

Siendo que la abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho y es una profesión, esto no le exime de actuar con probidad y con responsabilidad.

La Ley Nº 30076 ha realizado cambios respecto de la actuación de los letrados en aras de garantizar un alto grado de conducta ética ante los tribunales de justicia. En el artículo 84 del NCPP se ha establecido lo siguiente:

> "El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia".

Esto es coherente con lo establecido por la Ley Orgánica que en su artículo 288 inciso 2 que señala que es deber del abogado patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.

Esta regla es invocada por los jueces cuando se advierte que el abogado actúa maliciosamente, presentando recursos manifiestamente improcedentes, siendo pasible de sanción disciplinaria.

El abogado defensor debe ser respetuoso de las convocatorias judiciales. Se cree, en un pésimo entendimiento de la asesoría legal, que el abogado puede sin justificación alguna frustrar una audiencia, que conlleva para su realización movilizar la estructura de la Fiscalía o del Poder Judicial y que implica un gasto público que pagan los ciudadanos con sus impuestos. Por ello en aras de la celeridad procesal, y del plazo razonable, se ha previsto en el artículo 85 del NCPP el procedimiento para reemplazar al abogado defensor inasistente así;

> "1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia.
>
> 2. Si el defensor no asiste injustificadamente a la diligencia para la que es citado, y esta **no tiene el carácter de inaplazable**, el procesado es requerido para que en el término de veinticuatro horas designe al reemplazante. De no hacerlo, se nombra uno de oficio, reprogramándose la diligencia por única vez".

En el primer supuesto la norma es clara, si el abogado no concurre y esta audiencia es de carácter inaplazable por estar en juego derechos fundamentales como la privación de libertad, deberá ser reemplazado en el acto por quien designe el imputado o un letrado de la defensa pública.

Las posibilidades de no asistir a diligencias que no eran inaplazables, eran dos y recién el abogado se aparecía en la tercera convocatoria. Se ha entendido que la inasistencia tiene que ser justificada, en consecuencia las dos

inasistencias sin dar razones, ha sido la base para que en algunas Cortes, los jueces de investigación preparatoria hayan multado al abogado patrocinante. Estos se han defendido manifestando que la ley les permitía faltar dos veces sin expresión de causa, lo que nos parecía un abierto abuso del derecho. Una interpretación más ajustada permitía que se aceptara la ausencia justificada. Ahora se ha reducido a una inasistencia y a la reprogramación por única vez, lo que nos parece razonable.

La ley ha agregado otros supuestos que tienen que ver con los deberes de los abogados frente a su cliente y a los tribunales. El incumplimiento puede generar sanciones del órgano jurisdiccional, artículo 85.3 del NCPP.

> "3. El juez o colegiado competente sanciona, de conformidad con el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al defensor que injustificadamente no asiste a una diligencia a la que ha sido citado o que injustificadamente abandona la diligencia que se estuviere desarrollando".

En resguardo al derecho a la defensa frente al anterior caso, se debe correr traslado al abogado a efectos que realice el descargo respectivo.

Otro aspecto que se ha regulado también es la obligación del abogado que renuncia a la defensa de su patrocinado. El artículo 85.4 dice lo siguiente:

> "4. La renuncia del defensor no lo libera de su deber de realizar todos los actos urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado en la diligencia a la que ha sido citado. La renuncia debe ser puesta en conocimiento del juez en el término de veinticuatro horas antes de la realización de la diligencia".

Esto es importante y exige un deber de diligencia a los abogados que dejan de patrocinar por alguna razón al imputado. La ruptura del vínculo puede deberse a muchas razones, como por ejemplo, las contradicciones en estrategia de defensa con su cliente, la pérdida de confianza del procesado, el pago de honorarios y cualquier causa o motivo. Esto no es obstáculo para que el abogado informe al juez de la renuncia, pues se puede transferir el caso a la defensa de oficio para que prosiga el patrocinio evitando la indefensión del imputado.

En el artículo 85.5 se establece que si hay sanciones, están son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior que conoce de la aplicación de la sanción; y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial que se encarga de la ejecución formal de la sanción dictada por el órgano jurisdiccional. Los fiscales como parte procesal no están exentos de ser sancionados por las infracciones

que hemos señalado, pero esta se aplica de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 85.6).

Previo a estas modificaciones, los abogados, en un abuso de la norma, dejaban de asistir a las diligencias y alegaban que podían hacerlo hasta dos veces, pero el razonamiento de algunos jueces era que las inasistencias debían ser justificadas y las defensas decían que la norma no lo señalaba y que era sin motivo alguno, en un ejercicio de raciocinio malicioso y arbitrario, que tenía efectos en el proceso judicial cuando los jueces admitían esta forma de interpretar la norma. Además combinaban estrategias con sus clientes, porque un día no asistía el abogado y sí el cliente, y en la siguiente audiencia venía el abogado pero ya no el patrocinado, lo que provocaba dilaciones, más cuando se trataba de pluralidad de procesados. En este caso, hay que recordar que el juez es el director del proceso y tiene poder disciplinario por lo que el apercibimiento, era necesario e imponer las sanciones también ante este proceder antiético.

Capítulo VI
Las personas jurídicas

Se define a la persona jurídica como una asociación de personas naturales, o naturales y jurídicas de Derecho Privado con o sin fines de lucro. Esta tiene derechos y obligaciones. En la STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC, el 14 de agosto de 2002 señala que el reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias. La titularidad de derechos por las personas jurídicas de derecho, privado se desprende implícitamente del artículo 2, inciso 17), de la Constitución ya que se reconoce el derecho de toda persona de **participar en forma individual o asociada** en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Señala el TC, en dicha sentencia, que ese derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada.

El sustento de esa titularidad de extensión de derechos es porque la persona jurídica es una pluralidad de personas naturales que trasladan a esta institución sus derechos fundamentales. Así lo establece la STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC: "(…) en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación –entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles– y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección". Entonces, si las personas jurídicas poseen algunos derechos fundamentales, estimamos con sustento, que también poseen obligaciones.

En el sistema peruano, la persona jurídica, como sujeto procesal, es susceptible de ser incorporada al proceso penal en el supuesto que se tenga que aplicar las sanciones previstas por los artículos 104 y 105 del Código Penal. Está legitimado para solicitar esta incorporación el Ministerio Público.

La persona jurídica responderá entonces por las consecuencias del delito que recae sobre determinada persona, siempre que tenga algún vínculo con esta.

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116, Lima, 13 de noviembre de 2009 se planteó dos problemas al que había que dar respuesta, siendo el primero el determinar los presupuestos para fijar las sanciones civiles a las personas jurídicas y las reglas procesales para este objetivo; y el segundo problema, establecer los criterios de aplicación de las sanciones penales a las personas jurídicas y también las reglas procesales.

I. Antecedentes en el Derecho comparado

En el año 1934, Jiménez de Asúa afirmaba que "hasta hace poco tiempo en el español de presa, ansioso de despojar a los demás de su fortuna o de sus ahorros se echaba al monte con clásico sombrero calañés y trabuco, escapando de sus perseguidores a lomos de su jaca andaluza. Hoy crea sociedades y empresas, desfigura balances, disimula desembolsos y facturas y escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil"(300). Desde el siglo pasado ya se veían los problemas generados por la intervención de las personas jurídicas en delitos, y además que se reconocía como principio la formula *Societas delinquere no potest,* algo así como que la sociedad no comete delitos y solo lo hacen las personas naturales. La irresponsabilidad de la persona jurídica se fundamenta con los argumentos clásicos de incapacidad de acción, incapacidad de culpabilidad, e incapacidad de pena(301).

¿La persona jurídica puede ser sujeto procesal en un proceso penal? La respuesta expresará las concepciones que se maneja en cada sistema procesal. En nuestros tiempos, se puede detectar dos tendencias que apuntan a responsabilizar a la persona jurídica por delitos cometidos.

En Italia y Bélgica se asume la responsabilidad criminal "indirecta" de la persona jurídica a través de un sistema que permite que las consecuencias económicas del delito cometido por una persona física (multa, indemnización) se ponga a cargo de la persona jurídica en cuyo nombre e interés se haya actuado.

(300) ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *La admisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevas Tendencias en el Derecho Penal y económico de la empresa*. Ara editores, Lima, 2005, p. 445.
(301) GRACIA MARTIN, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 45.

La persona jurídica queda obligada solidariamente, pero tiene la posibilidad de repetir contra la persona física(302).

En países como Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Noruega, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Australia se admite la responsabilidad criminal "directa" de la persona jurídica a través de un sistema que permite, y bajo determinadas condiciones perseguir y sancionar de manera inmediata a la persona jurídica, sin que ello esté condicionado a la responsabilidad del representante.

El Código Penal francés que ingresó en vigencia el 1 de mayo de 1994 estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 121-2:

> "Las personas jurídicas, excepto el Estado, son responsables conforme a las disposiciones de los artículos 121-4 121-7 (tentativa y complicidad) y en los casos previstos por las leyes o reglamentos de las infracciones cometidas por cuenta de aquellas por sus órganos o representantes.
>
> No obstante, los entes territoriales y sus entidades de Derecho Público son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades públicas susceptibles de gestión por parte de los particulares.
>
> La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos".

Esta normativa logró generar rápidamente una respuesta de la judicatura como la primera sentencia del Tribunal Correccional de Lyon del 18 de noviembre de 1994, que fue la primera condena y se inscribió en un registro de antecedentes penales de personas jurídicas. Hasta 1997, ya se habían dictado casi cien sentencias(303).

En la doctrina francesa se plantea determinar el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica. Se señala que hay dos sistemas concebibles: o bien el elemento subjetivo de la infracción (dolo o intención, culpa o imprudencia) no se concibe más que en relación con la persona física como única que puede tener una conducta reprochable, de modo que la persona jurídica,

(302) ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 447.

(303) PRADEL, Jean. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*, p. 2. Ver: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf>. [Fecha de consulta: 27 de abril del 2013].

incapaz por sí misma de dolo o culpa, solo sería "**responsable por reflejo o de rebote**"; o bien, por el contrario, se considera que la persona jurídica, teniendo una vida propia, puede actuar con culpa, incluso con dolo, distintos del elemento subjetivo de las personas físicas(304). Al decir el artículo 121-2 del Código Penal francés que se sanciona a las personas jurídicas por las infracciones cometidas por cuenta de aquellas por sus órganos o representantes se infiere que se adhiere a la teoría del reflejo, sin embargo, es una posición ambigua, pues en el último párrafo señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye a la de la persona física.

Alemania, Portugal y España imponen constitucionalmente el límite de la culpabilidad para la responsabilidad penal. Se reconoce una responsabilidad directa de la persona jurídica (ver parágrafo 30 de la OWig alemana; Decreto Ley N° 433/82 portuguesa y Ley 30/1992 del 26 de noviembre española) y se regula la denominada actuación en nombre de otro. En Alemania y España se regula un supuesto genérico de responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento del deber de vigilancia(305).

El Código Procesal Penal de Chile (art. 58) dice que la acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito, se entiende personas naturales o individuales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare. Entonces tenemos que solo se puede considerar como imputados los que han actuado en su representación. En el caso de la responsabilidad civil, esto no trae mayores problemas.

El Código Procesal Penal del Salvador establece que tendrá la calidad de imputado quien mediante cualquier acto del procedimiento, sea señalado como autor o partícipe de un hecho punible (art. 80). Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuye a una persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible. El modelo es el de responsabilidad indirecta como el sistema procesal italiano y belga.

II. Persona jurídica y culpabilidad

Este es el principal cuestionamiento cuando se trata de responsabilizar a la persona jurídica a efectos que sufra consecuencias penales. El criterio de

(304) PRADEL, Jean. Ob. cit., p. 3.
(305) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español*. Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 20.

culpabilidad esto es que la persona sea capaz de distinguir lo ilícito, y además sepa conducirse de otro modo no es aplicable a la persona jurídica que es un conglomerado de personas. Por eso la teoría de la responsabilidad indirecta traslada no solo la tipicidad subjetiva del agente en la persona jurídica sino también la culpabilidad. En cuanto a la tipicidad subjetiva, se tiene en la jurisprudencia suprema holandesa como regla que la intención o culpa presente en los empleados o en otros ejecutantes de hecho puede, en ciertas circunstancias, imputarse a la persona jurídica, reuniendo diversas intenciones o culpas parciales que proceden de varias personas físicas(306). En la doctrina, hay una posición que dice que al aplicar una sanción sin culpabilidad nos descarrilamos ante la responsabilidad objetiva proscrita en el Código Penal. Por ejemplo, si un inimputable comete una acción penal inducido por un imputable se sanciona a este, pero no a aquel. En la persona jurídica pasa eso, se demuestra la culpabilidad de las personas naturales que forman parte de ella como representantes o en los órganos de representación y entonces se sanciona al ente colectivo lo que para algunos no tiene mucho sentido. Pero aun estando ante la teoría de la responsabilidad directa, cómo construir la tipicidad subjetiva en el agente y como determinar la culpabilidad. Se ha tratado entonces de elaborar una culpabilidad adecuada a la persona jurídica como una suerte de concepto normativo, abstraído de realidades, pero siempre se vuelve al original, porque si se sanciona a una persona jurídica quienes indirectamente sufren las consecuencias son las personas naturales que la conforman, además porque cuando una persona jurídica realiza actos lícitos son sus constituyentes. De aquí vemos pues que la persona jurídica no es un ente en el aire o una sencilla construcción normativa sin cuerpo. No, ella responde, llámeseles como quiera, a las personas naturales. De allí que nuestra concepción es considerar a la persona jurídica como ente colectivo capaz de realizar indirectamente los derechos de sus representados. La persona jurídica es como un arma para el delincuente. Si a una persona que posee un arma ilegal se le incauta o comisa, esto no le da vida propia a dicha arma. La diferencia es que en las personas jurídicas hay personas naturales con las que se les animiza, o se les insufla vida. Es verdad que en el derecho se construyen ficciones jurídicas, pero que sirven como medio para realizar derechos fundamentales. La persona jurídica es particularmente especial puesto que detrás hay personas de carne y hueso. Cuando se comete un delito la persona jurídica no toma vida sino es manejada por sus órganos de representación por quienes la conforman, allí es cuando empieza a ser instrumentalizada por eso tiene sentido que contra ellas en el caso

(306) VERVAELE, John A. E. *La responsabilidad penal de y en seno de la persona jurídica en Holanda. Nuevas Tendencias en el Derecho Penal y económico de la empresa*. Ara Editores, Lima, 2005, p. 488.

que sean organismos de fachada se actué y se cierre o se suspenda para que no sirva de carril de la comisión de ilícitos.

Hay que tener en cuenta que otra parte de la doctrina considera que si bien las personas jurídicas no tienen capacidad penal, sin embargo, se puede sustentar una consecuencia accesoria porque su fundamento radica no en la falta de culpabilidad sino en la peligrosidad de su organización y que podrían coexistir penas y consecuencias accesorias a las personas jurídicas(307). El argumento de la peligrosidad es derivada de la instrumentación que realizan las personas naturales.

Gómez Jara Diez dentro de su propuesta de modelo constructivista de responsabilidad empresarial plantea construir un concepto de culpabilidad empresarial, si bien no idéntico al concepto de culpabilidad individual, personal si resulte funcionalmente equivalente. El concepto se basa en los tres pilares de la culpabilidad individual que on: la fidelidad al derecho como condición de la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho Penal y por último la capacidad para cuestionar la vigencia de la norma(308).

La exigencia de fidelidad del ciudadano al derecho se traslada ahora al ciudadano corporativo, por lo que se impone a este como obligación, que se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial, de una cultura de fidelidad al Derecho. Cuando no se institucionaliza entonces se quebranta el rol del ciudadano corporativo que en la propuesta de Gómez Jara es la manifestación de la culpabilidad jurídica empresarial(309).

El segundo pilar responde a la libertad de auto organización que tienen la empresa, o libertad empresarial, versus la responsabilidad por las consecuencias. Y citando a Schünemann, dice que la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación a la cual el derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso el tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad(310).

El tercer pilar es el estatus de ciudadanía que adquiere la persona jurídica que se expresa en la facultad de intervención en asuntos públicos, y tiene

(307) GARCÍA CAVERO, Percy. *Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano*. Véase: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf>. p. 14. [Fecha de consulta 6 de julio de 2014].

(308) GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*. Ara editores, Lima, 2010, p. 45.

(309) Ibídem, p. 47.

(310) Ibídem, p. 48.

que ver con la interpretación de la libertad de expresión que ha realizado por la jurisprudencia norteamericana en el caso First National Bank of Boston vs Belloti. Con relación a esto la Corte Suprema dijo que la expresión de las corporaciones son discursos indispensables para la toma de decisiones en democracia y ello no es menos cierto por el hecho de que la expresión provenga de una corporación en lugar de un individuo. Gómez concluye que a las corporaciones al igual que los individuos se les reconocen un derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales(311).

III. Personas jurídicas y sanciones civiles

Una consecuencia contra la persona jurídica es el pago de la reparación que es el objeto civil del proceso. El artículo 92 del Código Penal establece que se determina conjuntamente con la pena y el artículo 93 fija su contenido en: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios. En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 951-2005(312) Cajamarca del 1 de junio del año 2005 se considera la reparación civil como un castigo para el infractor de la norma penal así: "(...) cuando el Derecho Penal organiza un sistema de sanciones en el plano de la responsabilidad por reparación de daños, la sanción estriba en una mengua patrimonial que se impone al responsable del hecho, a favor de los damnificados". En esta línea tenemos también a la Ejecutoria Suprema R.N. N° 2321-2005 Lima(313) del diecinueve de julio del año dos mil cinco que dice: "Que, las consecuencias jurídicas del delito no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad, sino que surge la necesidad de imponer una sanción reparadora, cuyo fundamento está en función a que el hecho delictivo no solo constituye un ilícito penal sino también un ilícito de carácter civil ; así, la reparación civil se rige por el principio del daño causado, cuya unidad procesal –civil y penal– protege el bien jurídico en su totalidad, así como a la víctima". La Corte Suprema maneja el concepto que la reparación civil sigue como consecuencia a la culpabilidad del imputado; pero la deja en condicional en la medida que cause un daño. Como inferencia pareciera que si no hay daño no se impondría reparación civil sino no tendría sentido colocar esa suerte de apostilla. Así se consigna en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 868-2003-San Martín(314) del trece de setiembre de dos mil cuatro: "(…) la reparación civil tiene entidad pro-

(311) GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos, Ob. cit., p. 49.
(312) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.
(313) Ídem.
(314) Ídem.

pia y debe imponerse al declarar la culpabilidad de una persona –en la medida que se cause un daño resarcible– como en el presente caso".

Para fijarse la reparación civil en el proceso penal, debe establecerse previamente la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido esto es entre la conducta del imputado y el resultado dañoso producido en el bien jurídico.

La responsabilidad civil se distingue de la responsabilidad penal en que mientras ella tiene fines reparadores del daño causado, la otra tiene fines preventivos. La doctrina establece otras diferencias como que la responsabilidad penal es personal y la civil no necesariamente por eso existen los terceros civilmente responsables. La responsabilidad penal se gradúa conforme al delito cometido y la culpabilidad del autor mientras la civil de acuerdo al daño causado(315).

Para llegar a que la persona jurídica tenga la obligación de pago tiene que ser considerada como un tercero civil y el presupuesto para adquirirla es que el imputado haya actuado en calidad de subordinado de aquella. Es decir, que haya cometido el delito en cumplimiento de funciones para el tercero civil. En el caso de la persona jurídica es extensiva en cuanto al propietario de la empresa, siempre que el delito lo haya cometido realizando funciones para esta, de tal forma que pueda responder por los daños, entendiéndose además como una obligación de carácter solidario.

La actuación del representante en nombre de la persona jurídica se denomina vicarial toda vez que el sujeto actúa y quien responde es la persona jurídica. En el Código Penal está señalado en el artículo 27 que dice: "El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada". Esta deviene de teorías civiles como la de la representación que ha sido acogida en el ámbito penal(316). Además no solo se reconoce la representación formal, sino la de hecho esto es cuando el agente actúa materialmente en beneficio de la representada.

(315) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "La responsabilidad civil de la persona jurídica por el delito (a propósito de la sentencia del caso Crousillat)". En: <http://www.unifr.ch/ddp1/ derechopenal/ articulos/a_20080527_49.pdf>. p. 5 [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2013].

(316) Ibídem, p. 7. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2013].

La responsabilidad civil se fundamenta en un viejo aforismo romano que dice que quien se beneficia por una actividad debe responder por los daños causados. Zúñiga indica que es la teoría del riesgo el sustento de la responsabilidad civil, citando a Meini, quien expresa la idea que quien se organiza para realizar una determinada actividad económica en cuya virtud despliega cursos causales de riesgo así como hace suyo los beneficios que se obtienen por la explotación de la referida actividad debe hacer suyo también los perjuicios(317).

El artículo 104 del Código Penal prevé la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, para poder cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes. Esta regla implica establecer el vínculo de la actuación de los imputados con la persona jurídica, su declaración de culpabilidad, la incorporación procesal de la persona jurídica como tercero civil, acreditar beneficios pecuniarios de esta con la actividad de sus funcionarios de tal forma que ante la imposibilidad de estos de cubrir la reparación civil esta le sea impuesta a la persona jurídica. Aquí tenemos que la reparación civil va a provenir de los funcionarios que han sido sancionados y no de otros y que además si estos no pueden pagarla y se ha demostrado en juicio que la persona jurídica se ha beneficiado por la labor delincuencial de sus miembros entonces tiene lógica que esta cumpla con pagar la parte de la reparación civil que no pueda ser cubierta por los funcionarios.

IV. La Corte Suprema y el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas

El Pleno de jueces supremos en su considerando sexto describe el hecho que el Código Penal incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó **consecuencias accesorias**. Desde la política criminal se entendía que la finalidad era establecer una respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica adscribiéndose a una consolidada tendencia en el derecho comparado según señalan doctrinarios como Klaus Tiedemann en su obra *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad,* Grijley, Lima, 2007, p. 92 que es citado por el Supremo Tribunal.

(317) Ibídem, p. 8.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias? En el Derecho español se dice que son medidas que mediante resolución motivada, y con carácter discrecional puede adoptar el órgano jurisdiccional de manera temporal o provisional dirigida a prevenir la continuidad delictiva o los efectos de la misma en el seno de una persona jurídica de manera autónoma y sin perjuicio de la decisión última que se adopte(318). Silvina Bacigalupo, siguiendo a Zugaldía Espinar, considera que las consecuencias accesorias son verdaderas penas y que su aplicación debe revestir las mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual(319). En la exposición de motivos del Proyecto del Código Penal de 1992 se afirma que son medidas de carácter represivo y que son reacciones a sociedades o empresas que no son aptas para soportar penas ni medidas de seguridad.

1. Inaplicabilidad de los artículos 104 y 105 del Código Penal en la praxis jurisprudencial

El Pleno en su sétimo considerando señala que después de dieciocho años de vigencia del Código Penal el desarrollo jurisprudencial respecto de las consecuencias accesorias no ha resultado relevante ni satisfactoria, y que estas sanciones han permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la judicatura penal en todas las instancias. Las razones de la deficiencia están contenidas en el octavo considerando afirmando que se deben primero a la **ausencia de reglas específicas de determinación** y fundamentación en el Código Penal, que solo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta y en segundo lugar, **la carencia de normas procesales** precisas en el Código de Procedimientos Penales. Este vacío ha sido cubierto por el Código Procesal Penal de 2004; sin embargo, su vigencia es parcial.

2. Aspectos dogmáticos

El Pleno de Supremos en un análisis dogmático en su considerando noveno establece que solo los artículos 104 y 105 del Código Penal se refieren a consecuencias accesorias que pueden recaer sobre una persona jurídica, siempre que esta resulte vinculada o beneficiada con la comisión o encubrimiento de un delito. Distingue los efectos de ambas, pues mientras el

(318) ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal. Las consecuencias accesorias*. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 71.

(319) BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosh, Barcelona, 1998, p. 286.

artículo 104 del Código Penal se regula una especie de responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal en el artículo 105 del Código Penal se detallan las sanciones que se aplicarán a las personas jurídicas. Sobre la forma como puede aplicarse el artículo 104 el Plenario considera que el tratamiento debe ser desde la perspectiva del **tercero civilmente responsable** por ello el objeto de examen es el artículo 105 y las sanciones.

Las fuentes de las sanciones a personas jurídicas se remontan al Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (artículos 103 a 105), y la fuente legal extranjera que es el Anteproyecto de Código Penal Español de 1983 (artículos 136 a 138). El Plenario reconoce que hay todavía debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, pero por su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como **sanciones penales especiales**. No nos dice el Pleno cómo han arribado a esta conclusión que hubiese sido ilustrativo para los operadores jurídicos.

Su aplicabilidad determina que las personas jurídicas deban ser declaradas judicialmente como involucradas desde su actividad, administración u organización con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. El Pleno reconoce que la aplicación de esas sanciones produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución.

El Pleno de jueces supremos en el considerando doce señala que las consecuencias accesorias como sanciones penales especiales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39 del Código Penal porque no son un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. La calidad de consecuencia accesoria, vicaria o paralela deriva de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cuál es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo.

Concluye el Pleno así: “Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias”.

En este razonamiento del plenario advertimos con mayor claridad que se adscriben a la tendencia de **responsabilidad indirecta**, al erigir como requisito esencial que una persona natural haya sido sancionada, en consecuencia si no hay sanción a este la persona jurídica vinculada no puede ser pasible de aplicación de consecuencias accesorias.

Para imponer una consecuencia accesoria es necesario que se haya identificado a una persona individual como autora del delito donde resulta enlazada la persona jurídica. Esto va en contra de la tendencia donde sin necesidad de la imputación a persona natural es posible condenar a la persona jurídica imponiéndole sanciones, que conocemos como la responsabilidad directa.

3. Reglas para la imposición de consecuencias accesorias. Presupuestos materiales

En el considerando catorce del Acuerdo Plenario están definidos los presupuestos materiales para la imposición de las consecuencias accesorias establecidas por el artículo 105 del Código Penal así:

a) Que se haya cometido un hecho punible o delito. Se entiende este supuesto cuando judicialmente se ha probado que se ha realizado un ilícito penal.

b) Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. Debe establecerse en proceso penal que la organización de la persona jurídica haya sido empleada para favorecer el delito realizado por las personas naturales y además hayan ocultado el ilícito a efectos de sustraer a los responsables de la acción de la justicia.

c) Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito. Significa que una persona física conectada con la persona jurídica haya sido declarada culpable y condenada a una pena.

4. Consecuencias accesorias características y funciones

El Plenario hace un recorrido por las sanciones establecidas en el artículo 105 fija sus características y funciones; sin embargo, no ha establecido pautas de ejecución, y a efectos de cubrir este vacío se proponen algunas recomendaciones:

a) **La clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos**. Se regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes

físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Para que proceda esta sanción, el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito. La forma de ejecución no es detallada en el Plenario, pero puede adoptarse el procedimiento empleado por el sistema jurídico español(320) en el sentido que el juzgado encargado se constituya a la sede o locales a fin de ingresar y precintar sus dependencias entendiéndose esta medida con quien tenga la representación de la persona jurídica bajo apercibimiento de ser denunciados por desobediencia y resistencia quienes incumplieran la orden de clausura y además realizar las anotaciones de esta medida en los Registros Públicos.

b) **La disolución de la persona jurídica**. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo. Debe de quedar reservada, donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, **la conectan siempre con hechos punibles**, situación que generalmente ocurre con las denominadas **personas jurídicas de fachada o de papel**. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino **un evidente defecto de origen de la organización**. También, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral. La ejecución puede adoptarse dejando en suspenso los poderes de los órganos de representación, y la designación de liquidadores a efectos de distribuir el patrimonio entre los que legítimamente tengan acreencias con la persona jurídica. Lo que sea de origen fraudulento debería ser comisado, así se reduzca a nada el remanente de liquidación(321).

c) **Suspensión de actividades de la persona jurídica**. Esta sanción solo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. La parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se **relacionaron con el delito cometido o con su *modus operandi* y efectos**. La suspensión **total** deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona

(320) ECHARRI CASI, Fermín Javier. Ob. cit., p. 307.
(321) Ibídem, p. 309.

jurídica. Para la ejecución debe ordenarse a los administradores de la sociedad y a los órganos de administración la suspensión total o parcial en el plazo ordenando en auto o sentencia bajo apercibimiento de denuncia por desobediencia a la autoridad, además de remitirse partes a los Registros Públicos para la anotación de la medida.

d) **La prohibición de realizar actividades futuras** de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. El alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito. En ejecución debe salir un mandamiento judicial a los administradores o representantes a efectos de prohibírseles realizar actividades futuras que detalladamente deben establecerse en la sentencia igual bajo apercibimiento de denuncia penal en caso de incumplimiento.

e) Se podrá oficiar a los Registros Públicos para que se anote la prohibición.

5. Reglas de determinación de las consecuencias accesorias

Los jueces supremos constatan que en el artículo 105 del Código Penal no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. Para cubrir este vacío el Pleno creativamente en el considerando dieciséis recurre a los criterios adoptados por el artículo 110 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153[322] en la medida que sus postulados constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por lo que es posible utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativamente, siendo estos criterios los siguientes:

(322) Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal. J&O Editores Impresores SAC, Lima, 2009.

a) Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas. En la medida que la persona jurídica es el instrumento para la comisión de ilícitos, es necesario ponerle un freno.

b) La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible. Aquí tiene que ver con los móviles dañinos orientadores en la comisión del ilícito.

c) La gravedad del hecho punible realizado. Cuánto daño se ha causado al bien jurídico tutelado a partir de la instrumentación de la persona jurídica.

d) La extensión del daño o peligro causado. Cuánto daño o perjuicio se ha ocasionado al bien jurídico o tratándose de delitos de mera actividad cuánto peligro potencial se ha generado.

e) El beneficio económico obtenido con el delito. La finalidad lucrativa del delito, esto es, cuanto pecuniariamente se ha obtenido con el comportamiento lesivo.

f) La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible. Debe evaluarse si la persona jurídica en una suerte de arrepentimiento por la conducta lesiva ha esmerado una suerte de reparación anticipada por el daño causado.

g) La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. Esto tiene que ver con cuán necesaria es la existencia de la persona jurídica para contribuir en el desarrollo económico o en la paz social.

h) La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas. Esta es una medida básicamente contra las personas jurídicas de fachada.

Otra pauta que imponen los jueces supremos en su considerando diecisiete es que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. El órgano jurisdiccional deberá evaluar la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso sub júdice y según los criterios de determinación establecidos en el considerando dieciséis.

Ello implica, que excepcionalmente, el juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a la legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68[323] del Código Penal, al tratar de la exención de pena.

Para complementar los aspectos de la persona jurídica y su responsabilidad penal, tenemos que la Ley Nº 30076 en cuanto al delito de extorsión que se configura cuando el agente emplea violencia o amenaza para obligar a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al extorsionador o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, el Proyecto Nº 2052/2012-CR[324] es el origen de la modificatoria. En el proyecto se dice que desde el 2004 la industria de la construcción ha ido creciendo aceleradamente y se han enlazado a esta actividad diversas modalidades de violencia delictiva.

La construcción en el nivel básico, no requiere personal especializado, por lo que hay oportunidades para incorporar mano de obra que es utilizada por grupos organizados bajo la modalidad de sindicatos. **Estas personas jurídicas son empleadas como herramientas para darle legalidad a la organización** que se encuentra formada generalmente por ex delincuentes; por lo que la represión debe ir también por este lado, de tal forma que sean disueltas como consecuencia accesoria.

En el Proyecto de Ley Nº 2052/2012-CR se señala que existen los siguientes actos delictivos de las organizaciones criminales:

Exigencia de negociación con las constructoras para el ingreso de personal a laborar. Ante la negativa de los propietarios, emplean la amenaza con armas de fuego.

(323) Artículo 68. Exención de pena. El juez puede eximir de sanción en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima. (Modificado por la Ley Nº 29407, publicada en *El Peruano* el 18-09-2009)

(324) Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf> [Fecha de consulta 12 de agosto de 2014].

Ofrecimiento de Seguridad para la obra que trasciende los sistemas de protección de las empresas, porque la seguridad es una mascarada para encubrir la inseguridad causada por ellos mismos, y también para evitar el ingreso de otros grupos de extorsionadores. Exigen que se les contrate.

Los golpes contra las obras. Cuando hay negativa van a la acción directa atacando las obras de construcción, evitando que los proyectos continúen generando mayores costos a los empresarios.

Cobro de cupos a las personas que han logrado colocar en la obra y a terceros para dejarlos trabajar como capataces ingenieros.

Retraso de las obras provocadas ex profesamente por los extorsionadores para poder seguir cobrando sus cupos.

La alta incidencia de actividades extorsivas en la industria de la construcción fue determinante para la creación en la estructura de la Policía Nacional desde febrero del año 2010, de la División de la Protección de Obras Civiles que viene enfrentando en el país este fenómeno delincuencial, y que debe ser complementado con un nuevos supuesto sancionable severamente por el Estado.

La Ley N° 30076 respondiendo a esta realidad ha modificado el artículo 200 en los siguientes términos:

> "La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36, si la violencia o amenaza es cometida:
>
> (…)
>
> c) Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma".

Se ha incorporado como sujeto pasivo de la extorsión al propietario de la obra, al contratista de obras públicas y privadas de construcción civil.

En la exposición de motivos del Proyecto Nº 2052/2012-CR se ha hecho referencia al uso de sindicatos o personas jurídicas como instrumento de los crímenes, pero no se ha establecido claramente contra estos las sanciones que pueden aplicarse conforme a los artículos 104 o 105 del Código Penal y las reglas que devienen del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-11.

6. Los derechos de trabajadores y acreedores

En el considerando dieciocho del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 se advierte que en el artículo 105 del Código Penal se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica por lo que el juez está autorizado para disponer, ante la autoridad competente, la intervención del ente colectivo sancionado hasta por dos años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos negativos sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. La posibilidad de promover la intervención dicen los jueces supremos, solo debe hacerse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Los trabajadores para la protección de los intereses de terceros afectados deben ser considerados acreedores en caso de suspensión o disolución. En caso de disolución debería aplicarse los criterios en la prelación de acreencias tal como se hace cuando interviene el Indecopi, pues son la parte más débil en la organización empresarial.

Siendo delitos de cuello banco por sus niveles de sofisticación puede darse el caso que para obviar las responsabilidades se realicen acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como "el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria (…)", pero eso no impedirá que los afectados por dichas acciones de fraude o de encubrimiento puedan defenderse.

7. Consecuencias accesorias a la persona jurídica

El Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 en el considerando diecinueve fija criterios para que la persona jurídica sea considerada como parte en un proceso penal y tenga todas las posibilidades de garantía al debido proceso. Constata el Pleno que en sistemas jurídicos extranjeros **la legislación material** es la que demanda la habilitación de este escenario procesal. En España, el artículo 129 del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable ("El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias").

En el mencionado considerando los jueces supremos fijan pautas para que la persona jurídica sea comprendida en la instrucción en una resolución judicial de imputación –**en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario–,** con proyección de una posible aplicación de consecuencias accesorias, sin perjuicio que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Nadie puede ser acusado sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Esta posición recoge la tendencia de la doctrina de incorporar a las personas jurídicas como sujetos procesales toda vez que, por ejemplo, el contenido de las consecuencias accesorias cautelares y punitivas hacen necesaria que las presencia de ellas en el proceso para que puedan ejercer su derecho a la defensa y no solo como meras responsables civiles subsidiarias(325).

El Pleno afirma que en el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal, pero ya no para afrontar únicamente responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria.

8. Normas procesales en el NCPP

El NCPP tiene un conjunto de reglas contenidas en los artículos 90 al 93 que legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas y la actividad procesal que estas pueden desplegar.

El artículo 90 del NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan, el

(325) ECHARRI CASI, Fermín Javier. Ob. cit., p. 216.

artículo 104 y 105 del Código Penal. Esta disposición también concede al fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal.

9. Oportunidad del trámite

La oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal se regulan en el artículo 91 del NCPP. La solicitud de emplazamiento del Fiscal se debe formular ante el juez de la investigación preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En dicho artículo se detallan los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes:

1. La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).

2. El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales).

La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. El Pleno señala que se debe referir la cadena de atribución que la vincula con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. En base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso.

En el Acuerdo Plenario se considera que la tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8 del NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones.

10. Representación procesal y derechos y garantías

El artículo 92 del NCPP regla sobre la representación procesal de la persona jurídica. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La norma dispone un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación, la hará el juez de la investigación preparatoria. El artículo 93 del acotado detalla los derechos y garantías procesales que se

reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que le cause gravamen.

V. Reglas procesales aplicables al Código de Procedimientos Penales

El Pleno de jueces supremos considera que la vigencia escalonada del Código Procesal Penal dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos distritos judiciales. Por esa razón postula un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del Código de Procedimientos Penales siendo las siguientes reglas:

a) El fiscal provincial incluirá en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91.1 del Código Procesal Penal, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del juez penal. Así lo establece la jurisprudencia española que una de las premisas básicas es a existencia de una imputación y sin ella no podrá abrirse a juicio. La sociedad deberá tener conocimiento de la imputación desde el momento que se impute a la persona física algunos de los delitos que podrán aparejar consecuencias accesorias(326).

b) La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la persona jurídica, el juez penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos del artículo 92

(326) ECHARRI CASI, Fermín Javier. Ob. cit., p. 240.

Código Procesal Penal. Esto es, que no esté comprendido como persona natural en el proceso penal.

c) La persona jurídica procesada tiene los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral. Esto guarda relación con el reconocimiento de derechos fundamentales a la persona jurídica como es el debido proceso.

d) La acusación fiscal, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. Solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.

e) La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El juez o sala penal competente, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

De este Acuerdo Plenario comentado podemos concluir, en primer término, que las personas jurídicas tienen dos tipos de sanciones: las reparaciones civiles y las consecuencias accesorias con contenido civil y penal. Una segunda conclusión es que la responsabilidad de las personas jurídicas está condicionada a que sean sancionadas las personas naturales que forman parte de los órganos de representación. Entonces estamos ante la responsabilidad indirecta. En tercer lugar, la Corte Suprema concibe a las personas jurídicas como instrumentos de las personas naturales. Una cuarta conclusión es que en dicho Acuerdo Plenario se busca garantizar el derecho al debido proceso de las personas jurídicas como sujeto imputable y no solo como responsables civiles subsidiarias. Como quinta conclusión tenemos que la consecuencia accesoria de naturaleza civil es una sanción subsidiaria condicionada a que las personas físicas vinculadas a la persona jurídica ni puedan pagar el monto de la reparación civil. Y finalmente, la consecuencia accesoria de naturaleza penal es una medida represiva que tiene como finalidad evitar en el futuro la instrumentación de la persona jurídica para realizar delitos.

En la casuística encontramos una aplicación de una sanción a una persona jurídica involucrada en interceptación de comunicaciones, y es la sentencia

dictada por la Segunda Sala Penal de Lima en el Exp. N° 99-09 (527-09) en la interceptación ilegal de comunicaciones en la que luego de condenar a los responsables, se resolvió disolver a la empresa Bussines Track en aplicación del artículos 105 del Código Penal. Establecen que tiene que existir responsabilidad penal de uno de sus integrantes para poder aplicar consecuencias accesorias en razón que si bien es cierto que las personas jurídicas no son aun centro de imputación jurídico-penal, en nuestro sistema, no menos cierto, es que estas son objeto de sanciones en la medida que se hayan establecido la responsabilidad penal individual de sus integrantes, tal como se ha acreditado en la presente Causa. Observamos, pues, que manejan la concepción de responsabilidad penal indirecta.

Para poder fijar las sanciones a la persona jurídica se adhieren a la teoría de la realidad de Gierke que las enfoca penalmente de la siguiente forma:

> "3. En este mundo globalizado y frente a la teoría de la ficción (SAVIGNY), que actualmente se vive, resulta de aplicación para este caso la **Teoría de la Realidad (GIERKE) 120**, ya que BUSSINES TRACK-BTR, como persona jurídica, está conformada por personas reales, reunidas y organizadas para la consecución de fines que traspasó la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y acción nueva y superior. Así, el sentido de esta persona jurídica encarna la individualidad propia, ya que aceptó sin reparos la existencia de un ser nuevo, autónomo, con voluntad propia y con evidente capacidad de acción volitiva121, independiente a la de los miembros que la conforman, en el sentido de expresar "que quién puede celebrar contratos, también puede celebrar contratos fraudulentos o usureros"; por ende son destinatarias directas de las normas de conducta, es decir, mandatos y prohibiciones, de lo cual se puede inducir que si el legislador ha dirigido las normas a las personas jurídicas es que ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, de tal modo que pueden cometer una lesión, cuando las incumplen; en consecuencia, pueden producir acciones u omisiones que se "expresan" a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son, al mismo tiempo, acciones de la persona jurídica, basados en las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata, toda vez que equiparan las acciones de los órganos o representantes de la persona jurídica a las acciones cometidas por el coautor y el autor mediato quienes responden por sus actos, aunque estos se realicen total o parcialmente a través de otro; por ende, los actos de la persona jurídica son acciones propias de dicho ente jurídico; tal como ha quedado demostrado a los largo del proceso".

El sustento de la responsabilidad de la empresa BUSSINES TRACK-BTR está basada en la culpabilidad por defecto de organización. Para la Sala Penal Superior la "culpabilidad" de la empresa BUSSINES TRACK-BTR ha quedado demostrada conforme a la doctrina de la **"actio liberae in causa" (acto libre en su causa)** y de los delitos impropios de omisión, denominada "culpabilidad por defecto de organización" (Zugaldía 122); lo que implica que la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial, tanto más si estaba dedicada a una actividad muy sensible y de necesario límite entre lo licito y lo ilegal".

En la sentencia de la Sala Penal Superior se dijo que Business Track era la persona jurídica que ha sido utilizada para realizar las actividades delictivas de interceptación de comunicaciones ilegales:

> "2194. En el presente caso, se ha establecido que Business Track Sociedad Anónima Cerrada, es la persona jurídica debidamente constituida que sirvió, al margen de las actividades lícitas que realizaba, de punto de referencia para que en torno de ella se vinculen los acusados y adicionalmente realicen actividades delictivas, afines a las actividades lícitas que desarrollaba la persona jurídica. Demostrado esta que los acusados realizaron su actividad delictiva teniendo como punto fundamental de apoyo o referencia a la persona jurídica, (Bussines Track BTR) la que está directamente involucrada en estos hechos a través de la actividad, administración y organización que le imprimieron los acusados, favoreciendo y a la vez ocultando el proceder punible de los mismos, razones por las que se encuentra comprendido dentro de los alcances dogmáticos que prevé el artículo 105 del Código Penal, como veremos a continuación.

Se diferencia respecto de sus fines lícitos que formalmente están en su objeto social y la actividad ilícita real para la que había sido creada:

> "2195. Como hemos descrito anteriormente los fines de la citada Empresa, no comprendían aspectos referidos a la seguridad integral de la información, ni análisis de vulnerabilidades, sino más bien tenían como objetivo empresarial **"información y capacitación empresarial e industrial, realizando estudios, análisis que coadyuven a la obtención de conocimientos que resulten primordiales a las personas naturales y jurídicas para implementar un óptimo proceso de toma de decisiones, pudiendo importar y exportar suministros, equipos, representación de toda clase de personas y/ o empresas"**

> **(…)** sin embargo, dentro de dicha descripción de sus objetivos, se derivó en actividades propias de manejo de información como han referido los acusados. Dentro de ese sesgado ámbito de desenvolvimiento se derivó en la comisión de delitos que tienen que ver con manejo de información, interceptación de teléfonos, violación de correspondencia, pero también se les imputa asociación criminal, actividades delictivas que conforme hemos evaluado en este caso han sido probados, los mismos que sin lugar a ninguna duda, han tenido a la empresa BTR SAC como referencia elemental y esencial para el cumplimiento de sus propósitos delictivos, pues constituía el medio eficaz para sus propósitos delictivos, en consecuencia corresponde en este caso si es legalmente valido aplicar o no las consecuencias accesorias que prevé la ley".

El tratamiento penal de las personas jurídicas todavía es un camino largo por recorrer pese a la existencia del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 que es mencionado en esta sentencia que se comenta:

> "2196. El Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de fecha trece de noviembre del año dos mil nueve establece los criterios que se deben tener en cuenta para la aplicación de estas sanciones y aun cuando en la doctrina el debate sobre la naturaleza jurídica de esta institución jurídica no es pacifica, debido a que hasta la fecha no se han puesto de acuerdo si se trata de una sanción penal especial, o son penas accesorias o simplemente son exigencias normativas que operan como condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias, debemos tener presente que más allá del carácter sancionatorio de la institución, pues no se puede considerar de otro modo la liquidación, suspensión o clausura temporal del funcionamiento de una persona jurídica, por su origen penal y derivado de la actividad que realizan quienes integran dicha persona jurídica o en torno de ella, se puede considerar como una prevención o advertencia general que ejerce la norma penal para el adecuado concurso y desenvolvimiento de las personas jurídicas y para que aquellos que gestionan o contratan con el propósito de desarrollar una persona jurídica, no lo hagan con la finalidad de utilizarla como medio o encubrimiento para actos delictivos, para que asociaciones criminales no pretendan sustituir su existencia ilegal en la legalidad y formalidad de una persona jurídica, de tal manera que su naturaleza puede derivar más bien en una fuente de advertencia social para la correcta formación y desempeño de las personas jurídicas".

La Sala Superior, en concordancia con el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116, en el siguiente considerando precisa las reglas para la aplicación de las consecuencia penales a la persona jurídica BTS SAC.

> "2197. Sin perjuicio de la indeterminación de su naturaleza jurídica, es preciso que se den algunas exigencias necesarias en la relación de las personas naturales con la persona jurídica para que prospere la aplicación de dichas consecuencias, en efecto en dicho plenario se ha establecido como reglas esenciales; a) que se haya cometido un hecho punible, como en el presente caso; que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito, como hemos reiterado en diversas consideraciones en este caso y c) que se haya condenado penalmente al autor, que es la consecuencia a la que hemos arribado en este caso respecto de las personas vinculadas a la persona jurídica en mención.
>
> 2198. En efecto, se ha establecido que BTR SAC, persona jurídica legalmente constituida era la Empresa que servía de referencia para que los principales involucrados Ponce Feijoo, Tomasio de Lambarri y Giannotti Grados, tuvieran relaciones con clientes o personas interesadas tanto en las actividades lícitas como ilícitas a las que se dedicaban, además dicha empresa servía de elemento de referencia para que varias personas, además de los acusados cumplan determinadas funciones que finalmente en muchos casos tenían propósitos delictivos, estaba integrado por personas con un perfil determinado, en suma era la Empresa adecuada para sus fines tanto lícitos como ilícitos.
>
> 2199. Probado está que se han cometido los delitos de interceptación de teléfonos y violación de correspondencia, además de la asociación criminal, por tanto están plenamente identificados los dos primeros requisitos exigidos para la aplicación de las consecuencias accesorias y finalmente en mérito de este debate penal, han sido encontrados responsables penalmente los involucrados con la persona jurídica, por tanto son condenados penalmente, adecuándose de esta manera al cumplimiento de todos los requisitos esenciales que se exige para la aplicación de la institución jurídica".

El siguiente considerando es importante por las reflexiones jurisprudenciales que se hacen respecto a los derechos de las personas jurídicas de Derecho Privado y al fundamento de su sanción:

> "2200. Los derechos de las personas jurídicas de Derecho Privado, se desprende implícitamente del **artículo 2 inciso 17) de nuestra Carta**

Fundamental, pues, mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, garantía institucional en la medida en promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales; en esta línea de ideas, resulta de **observancia obligatoria** el **Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116** su fecha 13 de noviembre de 2009, imponiendo las sanciones conforme a lo estipulado en el **artículo 104 y 105 del Código Penal**; pues el fundamento de las consecuencias accesorias aplicables a la personas jurídicas se encuentra en su peligrosidad objetiva, evidentemente en la medida que su estructura y características permiten su utilización con el afán de favorecer o encubrir la comisión de delitos, la peligrosidad objetiva de la persona jurídica radica que en manos de determinadas personas puede seguir siendo utilizada como instrumento de peligrosidad objetiva de orden jurídico-normativo en atención a la calidad de instrumento delictivo que posee y que conforme a la doctrina nacional se encuentra sujeta a los siguientes presupuestos 123:

a) Que se haya cometido un delito: las medidas aplicables a las personas jurídicas son posdelictuales, carecen de relevancia si el delito ha sido doloso o culposo, excluyéndose, las faltas.

b) Que la persona moral haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito: exigencia que constituye el criterio de imputación fundamental a partir del cual se determina lo cualitativo y cuantitativo de la consecuencia accesoria aplicable; pues la persona jurídica debe encontrarse plenamente constituida, descartándose del ámbito de aplicación de estas consecuencias accesorias las actuaciones en las que se hayan utilizado agrupaciones de hecho sin personería jurídica para realizar, favorecer o encubrir el delito.

c) Que se haya condenado penalmente al autor del delito: la interpretación del términos "condena" no debe ser literal, la aplicación de la consecuencia accesoria, requiere que el imputado haya sido encontrado penalmente responsable, siendo esto así, será suficiente que se imponga una reserva del fallo condenatorio o se declare exento de penal al responsable del hecho punible".

La aplicación de las consecuencias jurídicas, de acuerdo al artículo 105 del Código Penal, responde a los siguientes presupuestos:

"2202. **En primer lugar**, porque la legitimidad de su aplicación demanda **que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente**

> **como involucradas –desde su actividad, administración u organización– con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible**, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos.
>
> 2203. **En segundo lugar**, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución".

Después de determinar la responsabilidad de los principales directivos de la empresa BTR SAC y la instrumentalización de esta para la comisión de ilícitos penales, la Sala Penal Superior resolvió su disolución, oficiando para su inscripción en los Registros Públicos, y la publicación de la medida en el diario oficial, una vez ejecutoriada(327).

El Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 ha sido una herramienta eficaz para sustentar los argumentos de la Sala Superior en este complicado caso en el que han estado vinculados altos funcionarios del régimen del expresidente Alan García Pérez. La sanción tiene como premisa previa el establecimiento de responsabilidad penal de los directivos de la empresa involucrada. La disolución evita que esta empresa siga siendo empleada como instrumento de comisión de delitos.

(327) Autores citados en esta sentencia: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. ZUGALDIA ESPINAR, J.M. *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español*. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas: Aspectos penales y procesales*. Véase: <www.cal.org.pe/pdf/diplomados/consecuencias_accesorias.pdf> archivo de pdf. Consulta: 05/11/2011).

Capítulo VII
La víctima o agraviado y el actor civil

La tutela de los derechos de las víctimas busca establecer un equilibrio en el proceso penal, y asegurar los fines no solo punitivos sino de reparación de los afectados por las consecuencias del delito. Cuando se realiza una conducta punible hay afectados directos o indirectos con dicho comportamiento.

La víctima es el sujeto que se postula o aparece como puntual y concretamente ofendido por los hechos delictivos. Es quien aduce ser sujeto pasivo de las acciones ilícitas, aquel que ha padecido de manera real la ofensa criminal. En la génesis del sistema acusatorio privado la víctima era el protagonista fundamental del proceso y quien se encontraba legitimado para accionar. Esta situación cambia radicalmente con el advenimiento y consolidación del sistema inquisitivo y con el surgimiento del monopolio estatal de la función persecutoria y decisoria estatal, con la acción y la pena públicas(328).

Una primera aproximación a ella lo tenemos en instrumentos internacionales como los **Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder**(329) **que emanó del** Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Estas orientaciones deben ser tomadas en consideración en la elaboración de las normativas nacionales. Hay una declaracion que sustenta las normas internacionales y que son:

> "**Reconociendo** la necesidad de medidas más eficaces en los planos internacional, regional y nacional en favor de las víctimas de delitos y de las víctimas del abuso de poder.

(328) NÚÑEZ, Ricardo C. *La acción civil en proceso penal*. 2ª edición, Editorial Córdoba, Argentina, p. 100.

(329) La Declaración emanó de los debates del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985. El 29 de noviembre del mismo año, la Asamblea General aprobó el texto recomendado por el Congreso al mismo tiempo que aprobó la resolución 40/34.

Resuelto a promover el progreso de todos los Estados en sus esfuerzos por respetar y garantizar los derechos de las víctimas de delitos y de las víctimas del abuso del poder.

Recomienda que la Asamblea General apruebe el siguiente proyecto de resolución y el proyecto de Declaración sobre los principios fundamentales de justicia a) relativos a las víctimas de delitos y b) relativos a las víctimas del abuso de poder".

"La Asamblea General,

Recordando que el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente recomendó que las Naciones Unidas continuarán su actual labor de elaboración de directrices y normas acerca del abuso del poder económico y político,

Conocedora de que millones de personas de todo el mundo sufren daños como resultado de delitos y otros actos que implican abuso de poder y de que los derechos de esas víctimas no han sido reconocidos adecuadamente,

Reconociendo que las víctimas de delitos y las víctimas del abuso de poder, y frecuentemente también sus familias, los testigos y otras personas que les presten ayuda, están expuestos injustamente a pérdidas, daños o perjuicios, y que además pueden sufrir dificultades cuando comparezcan en el enjuiciamiento de los delincuentes,

1. Afirma la necesidad de que se adopten medidas nacionales e internacionales a fin de garantizar el reconocimiento y el respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas de delitos y del abuso de poder;

2. Destaca la necesidad de promover el progreso de todos los Estados en sus esfuerzos con tal fin, sin perjuicio de los derechos de los sospechosos o delincuentes;

3. Aprueba la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia a) relativos a las víctimas de delitos y b) relativos a las víctimas del abuso de poder, incluida como anexo a la presente resolución, que está destinada a ayudar a los gobiernos y a la comunidad internacional en sus esfuerzos por garantizar la justicia y la asistencia a las víctimas de delitos y a las víctimas del abuso de poder;

4. Insta a los Estados Miembros a tomar las medidas necesarias para poner en vigor las disposiciones contenidas en la Declaración y, a fin de reducir la victimización a que se hace referencia más adelante, a esforzarse por:

a) Aplicar políticas sociales, sanitarias (incluida la salud mental), educativas, económicas dirigidas específicamente a la prevención del delito con objeto de reducir la victimización y alentar la asistencia a las víctimas que la necesiten;

b) Promover los esfuerzos de la comunidad y la participación de la población en la prevención del delito;

c) Revisar periódicamente su legislación y prácticas vigentes con objeto de adaptarlas a las circunstancias cambiantes, y promulgar y hacer cumplir leyes que proscriban los actos que infrinjan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos, las conductas de las empresas y otros abusos de poder;

d) Crear y fortalecer los medios para detectar, enjuiciar y condenar a los culpables de delitos;

e) Promover la revelación de la información pertinente, a fin de someter la conducta oficial y corporativa a examen público, y otros medios de aumentar la atención prestada a las preocupaciones públicas;

f) Fomentar la observancia de códigos de conducta y normas éticas, en particular los criterios internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal encargado de hacer cumplir la ley, el correccional, el médico, el de los servicios sociales y el militar, así como por los empleados de las empresas de carácter económico;

g) Prohibir las prácticas y los procedimientos conducentes al abuso, como los lugares de detención secretos y la detención con incomunicación;

h) Cooperar con otros Estados, mediante la asistencia judicial y administrativa mutua, en asuntos tales como la detección y el enjuiciamiento de delincuentes, su extradición y la incautación de sus bienes, para destinarlos al resarcimiento de las víctimas;

5. Recomienda que, en los planos internacional y regional, se adopten todas las medidas apropiadas tendientes a:

a) promover las actividades de formación destinadas a fomentar el respeto de los criterios de las Naciones Unidas y reducir los posibles abusos;

b) Patrocinar las investigaciones prácticas de carácter cooperativo sobre los modos de reducir la victimización y ayudar a las víctimas, y promover intercambios de información sobre los medios más efectivos de alcanzar esos fines;

c) Prestar ayuda directa a los gobiernos que la soliciten con miras a ayudarlos a reducir la victimización y aliviar la situación de las víctimas;

d) Establecer formas y medios de proporcionar un recurso a las víctimas cuando los procedimientos nacionales resulten insuficientes;

6. Pide al Secretario General que invite a los Estados Miembros a que informen periódicamente a la Asamblea General respecto a la aplicación de la Declaración, así como las medidas que adopten a ese efecto;

7. También pide al Secretario General que aproveche las oportunidades que ofrecen todos los organismos y órganos del sistema de las Naciones Unidas a fin de prestar asistencia, cuando sea necesario, a los Estados Miembros, para mejorar los medios de proteger a las víctimas a nivel nacional y mediante la cooperación internacional;

8. También pide al Secretario General que promueva los objetivos de la Declaración, procurando especialmente que su difusión sea lo más amplia posible;

9. Insta a los organismos especializados, a otras entidades y órganos del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, y a la población en general, a que cooperen en la aplicación de las disposiciones de la Declaración".

El apoyo a las víctimas no solo tiene que ver con las originadas o consecuencias del delito, sino con la intervención del Estado en la elaboración de normativas y de programas de atención a estas personas y que también estimamos que deben considerar las particularidades para poder enfocar los protocolos de atención ponderando para no crear privilegios sobre otras víctimas. Un ejemplo de esto es el enfoque de género, que debe permitir que se identifiquen elementos que desvirtúen la atención que deben tener las mujeres, los prejuicios que puedan tener los operadores; la concientización de estos para la atencion de las víctimas. Dentro de esta línea también estimamos que frente a

la problemática de la "Unión Civil" que ha generado controversias en el Perú, lo cual debe evaluarse desde una perspectiva de tolerancia ya que las personas no cambian de la noche a la mañana; es menester también fijar un enfoque sobre la comunidad LGTB[330], respecto de la asistencia como víctimas de delitos de odio, o delitos por su orientación sexual. Los niños como sector altamente vulnerable tienen igualmente sus propias formas de enfoque por su edad, sus conocimientos, su desarrollo. Para todas estas perspectivas se requiere la participación de equipos multidisciplinarios e involucrar a los operadores del sistema de administración de justicia, jueces, abogados, fiscales y policías. Como una referencia de singular importancia tenemos a la iniciativa del Ministerio del Interior de España, la Secretaría de Estado de Seguridad ha dictado la Instrucción Nº 16/2014 por la que se aprueba el "Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación"[331]. En este se fijan premisas a respetar y seguir por la policía con relación a las víctimas, de cómo ofrecer protección, orientación e información a las personas que se ven involucradas en el delito.

Continuando con los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder, estos se dirigen a las víctimas de delitos y del abuso de poder. Con relación a las víctimas de delitos, se traen los siguientes conceptos y principios.

> "1. Se entenderá por 'víctimas' las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
>
> 2. Podrá considerarse 'víctima' a una persona que, con arreglo a la Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación

(330) La comunidad LGBT (lesbianas, gais, bisexuales y transexuales) son víctimas de la **homofobia** que es el miedo y aversión a la homosexualidad. Se manifiesta en las esferas pública y privada de diferentes formas, tales como el lenguaje de odio y la incitación a la discriminación, la ridiculización, la violencia verbal, psicológica y física, así como la persecución y el asesinato, la discriminación basada en la violación del principio de igualdad, las limitaciones injustificadas y carentes de razón de los derechos, que se ocultan a menudo tras justificaciones de orden público, de libertad religiosa y del derecho a la objeción de conciencia.

(331) Véase: <http://gestionpolicialdiversidad.org/PDFdocumentos/PROTOCOLO%20ODIO.pdf> [fecha de consulta 23-03-2015].

familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión «víctima» se incluye además, en su caso, a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimentos".

Una de las formas de garantizar a las víctimas es la tutela judicial de sus intereses que han sido afectados como consecuencia del crimen de allí que se promueve el acceso a la justicia y trato justo.

"4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas.

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal pertinente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos de solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas".

El daño infligido a la víctima implica que esta sea reparada de alguna forma para amenguar lo que ha sufrido. Hay daños que son irreparables pero esto no puede ser un obstáculo para cuantificar y establecer además quienes deben ser los obligados al resarcimiento. En este instrumento de Naciones Unidas se fijan las siguientes pautas:

"8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la rehabilitación de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible de los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen el desplazamiento de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasi oficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u

omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia social

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se capacitará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado para informarlo de las necesidades de las víctimas y proporcionarles directrices para garantizar una ayuda apropiada y rápida.

17. Al prestar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 2 supra".

Otros destinatarios de estos principios de protección y reparación son las víctimas del abuso de poder con estas reglas:

> "18. Se entenderá por 'víctimas' a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del Derecho Penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.
>
> 19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo material, médico, psicológico y social necesarios.
>
> 20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.
>
> 21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes que prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y que fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio".

Los abusos de poder son de menor entidad que los delitos pero también generan víctimas a las que hay que proteger, y comprenden acciones y omisiones que afectan los derechos humanos de los afectados.

Entrando al derecho comparado tenemos que en el Código Procesal Penal de Colombia, se ha regulado cuales son los derechos a los que tienen las victimas dentro del proceso penal (art. 11). El Estado colombiano debe garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia que tendrán los siguientes derechos.

> a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
>
> b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
>
> c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;

d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;

e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;

f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;

g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;

h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

El Código Procesal Penal de Chile fija como titular de la protección de la víctima del delito al Ministerio Publico (art. 6) que está obligado a velar en todas las etapas del procedimiento penal. También, aunque residualmente, el tribunal garantizará la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

En aras de la protección el fiscal puede promover acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima.

Otro aspecto importante contemplado por el sistema chileno es que la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir. Esto es sumamente importante pues se pueden presentar casos como en Perú, en los que la víctima hace la denuncia y es tratada o con indiferencia o inhumano, recibiendo una segunda victimización pero ahora de quienes deben protegerlo, constituyendo una experiencia traumática. De allí que es necesaria la sensibilización de la policía y la fiscalía.

Obligaciones y deberes del Ministerio Publico con las víctimas se describen en el artículo 78 del Código Procesal Penal de Chile que dice:

> "Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.
>
> Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:
>
> a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.
>
> b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.
>
> c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.
>
> d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.
>
> Si la víctima hubiere designado abogado, el Ministerio Público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes".

Los fiscales además de proteger a las víctimas deben darle la información o resultado del proceso penal. Como parte de esa tutela la Fiscalía puede solicitar medidas de protección de víctima y familia por amenazas de delincuentes. En la medida que es un ciudadano medio debe ser informado de todos los aspectos de su derecho a ser indemnizado por los daños sufridos. La víctima debe ser oída.

El Derecho Penal tiene por fin la tutela (subsidiaria) de los intereses generales de la sociedad penalmente simbolizados en los "bienes jurídicos", pero también debe tutelar los intereses concretos de la víctima, y en condiciones

de igualdad, ya que el delito no es solo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal, sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido(332). De allí que las tendencias modernas coloquen a la víctima en un rol preponderante en cuanto a la satisfacción de sus intereses. Esto se concreta en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que reconoce a las víctimas como sujetos procesales y la incorpora en el proceso penal internacional.

En el NCPP se define a la víctima o agraviado como todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Si la víctima es incapaz, persona jurídica o el Estado, su representación corresponde a quienes la ley determine. En el caso de menores de edad sus padres, si es persona jurídica su apoderado (94.1).

La norma procesal prevé la representación cuando la víctima fallece a consecuencia del delito y son aquellos que se encuentra en el orden sucesorio establecido por el artículo 816 del Código Civil, en primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge.

En el Derecho chileno tenemos una definición más acabada de la víctima en su artículo 108 que dice:

> "(…) se considera víctima al ofendido por el delito.
>
> En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que este no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:
>
> a) al cónyuge y a los hijos;
>
> b) a los ascendientes;
>
> c) al conviviente;
>
> d) a los hermanos, y
>
> e) al adoptado o adoptante.

(332) CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 200, p. 50.

> Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes".

El delito no solo genera consecuencias sobre la persona contra quien el delincuente dirige su acción, sino también trae un daño colateral que involucra a la familia. Así se ha reconocido en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Son agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan.

Cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos o difusos como el medio ambiente y sea afectados un número de personas indeterminado como ocurre en esta clase de delitos, o en los incluidos como crímenes internacionales en los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Perú, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, las asociaciones siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.

I. Derechos del agraviado

En el Derecho chileno la norma procesal otorga una serie de derechos de las victimas (art. 109) y son:

> "a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
>
> b) Presentar querella;
>
> c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
>
> d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que este pidiere o se resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
>
> e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y

f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad".

Se faculta en el sistema chileno la solicitud de medidas de protección frente a la posibilidad de ser hostigado por el presunto delincuente o sus cómplices. Esto es importante toda vez que se puede llegar a la impunidad cuando la víctima se retira del proceso penal porque el Estado no le otorga las garantías frente a las amenazas. Solo recordemos el caso de la Región Áncash donde un dirigente político contra quien se había atentado pero solo lo hirieron gravemente, hizo todos los esfuerzos para denunciar que estaba siendo amenazado de muerte, porque sus presuntos asesinos no habían logrado su cometido. Él era una víctima, y sin embargo no se le otorgaron medidas de protección y terminó muerto.

El NCPP ha establecido como derechos de la víctima los siguientes:

a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite. Este derecho a la información corresponde a su naturaleza de afectado concretamente. Se ha estructurado un conjunto de derechos generalmente a la parte imputada y que es compatible con su situación jurídica pero por igualdad procesal también la víctima requiere tener los derechos que permitan la satisfacción de sus pretensiones.

b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite. El derecho a ser oído es parte del debido proceso.

c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso. En esta línea de tutela encaja para los delitos de violación sexual la prohibición de revictimización ponderándola con los derechos de los imputados en estos graves delitos.

d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Estas decisiones definitivamente le causan agravios toda vez que sus pretensiones

no son satisfechos por lo que tiene legitimidad para interponer los medios impugnatorios.

e) El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa. El catálogo de derechos que tiene el agraviado debe serle informado así como se le informa al imputado de sus derechos, para que conozca cuales son los que puede ejercitar en el proceso penal.

f) Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza (art. 95 del NCPP). En el caso de niños o adolescentes o incapaces se requiere la presencia de alguien de su confianza que eventualmente podrían ser sus padres.

Un déficit de esta normativa es que a diferencia del modelo chileno no se ha desarrollado medidas de protección de las víctimas frente a potenciales amenazas.

II. Deberes del agraviado

El agraviado sin perjuicio de sus derechos a la reparación tiene la obligación de contribuir en el esclarecimiento de los hechos, como declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral (art. 96 del NCPP). La actuación del Ministerio Público tiene que apoyarse en la información y colaboración que brinde el agraviado. De esta ayuda y otros factores dependerá la condena de los culpables.

Cuando se trate de numerosos agraviados por el mismo delito, que se constituyan en actor civil, si el juez considera que su número puede entorpecer el normal desarrollo de la causa, siempre que no existan defensas incompatibles, representen intereses singulares o formulen pretensiones diferenciadas, dispondrá nombren un apoderado común. En caso no exista acuerdo explícito el juez designará al apoderado (art. 97 del NCPP).

III. El actor civil

Es un sujeto procesal que dentro del proceso penal juega su rol accionario relacionado con el objeto de este, como causa de obligación, pero limitado al campo civil reparatorio e indemnizatorio.

Esa calidad de actor civil, como titular de la acción civil emergente del delito, se adquiere cuando este se presenta en el proceso penal para constituirse como tal. Para hacerlo el titular debe ser persona capaz civilmente, por cuanto si no lo fuere debe actuar con las representaciones que la ley civil impone para el ejercicio de las acciones civiles(333).

Vásquez Rossi dice que es el sujeto que interviene dentro de un procedimiento penal ya iniciado, promoviendo la acción civil de la que deriva y establece la relación procesal civil anexa a la penal. Su legitimación sustantiva deriva de la postulación de que, por causa de los hechos delictivos por los que se ha accionado penalmente y que dieron lugar al pertinente procedimiento, ha sufrido daños cuya reparación pretende(334).

Para Núñez es la persona física o jurídica que demanda en él, la reparación del daño causado por el hecho que se le imputa a un tercero como delictuoso. El actor civil no es una parte en el aspecto penal del proceso, pero sí lo es en la demanda civil que se sustancia en él(335), es decir, que se le concibe como un proceso civil dentro del proceso penal, definido por la naturaleza de la pretensión.

En la jurisprudencia constitucional, Exp. N° 0828-2005-HC/TC, Herminio Porras Oroya, del 7 de julio de 2005, se define como parte civil a quien es sujeto pasivo del delito; es decir, quien ha sufrido directamente el daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado; esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito. Así, pueden constituirse en parte civil el agraviado, sus ascendientes o descendientes (incluso siendo adoptivos), su cónyuge, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado, el tutor o curador.

El agraviado tiene derecho a constituirse en parte o actor civil, que le legitima para intervenir activamente en el proceso, presentar recursos y ser titular de la acción reparatoria.

El CPPMI dice que en el procedimiento penal la acción reparatoria solo puede ser ejercida:

(333) MORAS MON, Jorge. Ob. cit., p. 49.
(334) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., p. 98.
(335) NÚÑEZ, Ricardo C. Ob. cit., p. 103.

1) por quien, según la ley civil, esté legitimado para reclamar por el daño directo emergente del hecho punible;

2) por sus herederos, en los límites de su cuota hereditaria.

Cuando el titular de la acción sea un incapaz que carezca de representación o cuando siendo capaz delegue su ejercicio, la acción civil será promovida y proseguida por el órgano que designe la ley orgánica. La delegación se hará por escrito o verbalmente, caso en el cual quien reciba labrará acta y la comunicará inmediatamente al funcionario que corresponda (art. 92).

El sustento de la legitimidad de la acción civil por remisión se acude a la ley civil, y además legitima a los herederos para ser titulares de la pretensión reparatoria.

Si son incapaces como los menores de edad podrán obrar si son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil.

Los mandatarios podrán deducir la acción reparatoria por sus mandantes, sin perjuicio de cumplir las condiciones exigidas por la ley que regula la procuración judicial.

Los representantes y mandatarios, para intervenir, justificarán los extremos de los cuales depende su facultad de representar, conforme a las leyes respectivas (art. 93).

El procedimiento para que una víctima solicite que se le constituya en parte o actor civil es presentar una petición que deberá contener datos personales básicos, pero lo sustancial según el artículo 94 es que precise en cuál procedimiento pretende intervenir y, sintéticamente, los motivos en que la acción se funda, con indicación de carácter que se invoca, y los daños específicos que pretende haber sufrido, aunque no precise la pretensión final o el importe concreto de la indemnización. En el sistema procesal peruano pese a que está previsto (art. 100 del NCPP) vemos que hay un déficit en cuanto a precisar este último aspecto, pues las víctimas presentan su petición sin desarrollar sobre la pretensión reparatoria, y la prueba que ofrece.

Siguiendo la lógica de los sistemas procesales el CPPMI establece que en su artículo 95 que la oportunidad para la instancia de constitución será antes de que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o el sobreseimiento (absolución anticipada). Si vence dicho plazo, el juez la devolverá al interesado sin más tardar, con copia de la resolución que la declara inadmisible.

En el Código de Procedimientos Penales de 1940 es durante la instrucción (arts. 54 a 58)[336].

El emplazado necesario con la acción reparatoria según el CPPMI (art. 97) es el imputado y procederá aun cuando no estuviere individualizado. Esta es una regla poco práctica pues dependerá el desarrollo de la acción de la existencia de un imputado, pues de lo contrario la acción no podría desarrollar sus efectos.

También puede dirigirse contra quien, por previsión directa de la ley civil, responde por el daño que el imputado causado con el hecho punible, como el tercero civil.

Si el procedimiento hubiere varios imputados y terceros civilmente demandados, y el actor no limitare subjetivamente su pretensión, se entenderá que se dirige contra todos.

La constitución en actor civil implica un procedimiento dentro del cual puede existir oposición a la misma de parte de los demandados, y será el juez si es que acepta darle la calidad de actor al solicitante (art. 98).

La inadmisibilidad de la instancia no impedirá el ejercicio de la misma acción ante el tribunal competente, por la vía de procedimiento civil.

Luego de ser aceptado como actor civil, este actuará en el procedimiento solo en razón de su interés civil; su intervención a acreditar el hecho, la imputación de ese hecho a quien considere responsable, el vínculo de él con el tercero civilmente responsable, la existencia y la extensión del daño. La intervención como actor civil no exime, por sí misma, del deber de declarar como testigo (art. 99).

1. Actor civil y NCPP

El NCPP establece que la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, y que por la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y

(336) En la STC Exp. N° 0828-2005-HC/TC, se dijo que "La ley procesal de la materia, en su artículo 57, le reconoce a la parte civil un conjunto de derechos tales como deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los medios impugnatorios que la ley prevé, formular peticiones en salvaguarda de sus derechos e intereses, solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, en tanto ello afecte, de uno u otro modo, la reparación civil, sus intereses, así como en los resultados y efectividad del proceso respecto a su ámbito de intervención".

perjuicios producidos por el delito (art. 98). Se entiende tanto el agraviado directo como el indirecto.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se llega a una aproximación conceptual del Actor Civil quien es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es la persona que ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito.

Citando al procesalista San Martín Castro, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259][337].

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 en principio se reconoce que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Sin embargo, si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso, tal como lo señala el artículo 11, apartado 1), del NCPP. La intervención del Ministerio Público será por sustitución al representar un interés privado y cesa cuando aparece el actor civil[338].

El Pleno de jueces enfatiza que la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12, apartado 3), que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal.

(337) Acuerdo Plenario N° 5-2011. Undécimo considerando.
(338) Acuerdo Plenario N° 5-2011. Séptimo considerando.

Si bien este razonamiento de los jueces supremos, es válido por economía procesal, es de advertirse que el juez solo debe pronunciarse si es que se acredita la relación causal entre el hecho juzgado y el resultado dañoso, y cuando en el ámbito reparativo haya existido una actividad probatoria desde el Ministerio Público o desde el actor civil de tal forma que se tengan los elementos para poder establecer el monto de la reparación civil. Ahora el escenario donde debe dilucidarse este tema sería en una audiencia que si bien no está prevista expresamente en el NCPP, si ya se habilita competencia para decidir sobre este aspecto no vemos inconveniente que se genere el contradictorio probatorio en una audiencia adicional.

IV. La reparación civil

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se establece que con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un juez penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del **principio de economía procesal**.

Citan a Gimeno Sendra, quien sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [*Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

El Pleno de jueces supremos indica que esta opción acumulativa ha sido seguida por el Código Procesal Penal y responde a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

V. Concurrencia de peticiones para constituirse en actor civil

Puede darse el caso de concurrencia de peticiones, y el juez debe resolver dando preferencia a quien lo tiene en el orden sucesorio previsto en el Código Civil. Si existieran herederos que se encuentren en el mismo orden deberán asignar un apoderado común. Si los herederos no se ponen de acuerdo, le corresponde al juez designarlo (art. 99 del NCPP).

Esta regla se aplicará a socios, accionistas de una persona jurídica afectada por delitos cometidos por sus directivos. Luego de escucharlos a los que se han constituido en actor civil el juez designará apoderado común.

El Auto del Exp. N° 2010-025-03-JIPZ-Zarumilla, del 2 de marzo de 2010, señala al respecto que es pertinente citar el artículo 99 del Código Procesal Penal, en tanto prescribe que tratándose de concurrencia de peticiones, se resolverá siguiendo el orden sucesorio previsto en el Código Civil y, que, tratándose de herederos que se encuentren en mismo orden sucesorio, deberán designar apoderado común o ser designado por el juez, en caso no haya acuerdo común. "(…) Por tanto, es evidente que, en este caso concreto, el primer orden de la vocación sucesoria corresponde a la hija del occiso, circunstancia que de por si excluye a don Claudio Nazario Dioses Olaya, quien, se encuentra en segundo orden, circunstancia que conlleva a desestimar su solicitud"[339]. Al final la decisión de la prelación de los herederos la tiene el órgano jurisdiccional.

VI. Requisitos para constituirse en actor civil

El artículo 100 del NCPP establece reglas para la constitución en parte civil. La solicitud se presentará por escrito ante el juez de la investigación preparatoria quien es el competente para resolver en general la constitución. Los problemas surgen cuando se trata de constitución de proceso inmediato pues al no existir investigación preparatoria ni intermedia el control de la acusación se traslada al juez de juzgamiento según la interpretación del Acuerdo Plenario 6-2010 por lo que resulta razonable que al correr traslado a las partes de la acusación el agraviado pueda solicitar la constitución en actor civil y ser resuelta por el juez de juicio oral. Lo fundamental es que dentro de este proceso especial se tutele los derechos del agraviado.

(339) Comisión Especial de implementación del CPP. Jurisprudencia Nacional. Código Procesal Penal. Lima, 2012, p. 108.

1. Contenido de la petición de constitución en actor civil

a) Las generales de ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de ley de su representante legal para efectos que se encuentre debidamente individualizado el destinatario de la futura reparación civil.

b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder.

c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión, esto es una aproximación al daño que se le ha ocasionado.

d) La prueba documental que acredita su derecho, como documento de identidad, poderes.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se hace un desarrollo de los requisitos formales para la constitución en actor civil quien es el titular de la acción reparatoria, y solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. La naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y de allí proviene la denominación del titular de ella: "actor civil".

Como criterio los jueces supremos se establece que el solicitante deberá sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de este apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

Consideramos que de manera genérica solo podrá ser pasible de obtener una reparación civil cuando se acredite la comisión del delito y el daño ocasionado. Salvo que en absolución o sobreseimiento se pruebe la relación causal del hecho con el daño. En ambos supuestos el actor civil no puede ser solo un actor pasivo sino contribuir en el esclarecimiento dentro de sus limitaciones con el delito aportando información al Ministerio Público.

2. Precisión de la indemnización solicitada

El Pleno de jueces supremos establece pautas para la solicitud de la reparación civil muchas veces poco elaborada en los procesos penales por parte del Ministerio Público y del mismo agraviado:

> "(…) si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado –que ejerce su derecho de acción civil– precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal"(340).

Adicionalmente, tenemos que al existir un juicio de hechos en el ámbito de la reparación civil, es necesario que se presenten los medios de prueba para acreditarlo y enfatizamos que este es uno del gran déficit de la actuación de la defensa técnica que se centra como si fuera el Ministerio Público, en la pretensión de condena.

VII. Oportunidad y forma para la constitución en actor civil

La norma procesal respecto de la oportunidad de constitución señala que debe efectuarse antes de finalizar la investigación preparatoria (art. 101 del NCPP).

En la jurisprudencia superior respecto a la oportunidad de constitución tenemos el pronunciamiento de la Sala de apelaciones de la Libertad Exp. N° 160-2008, Trujillo 5 de mayo del 2008 se declaró nula una constitución por extemporánea en un proceso de terminación anticipada. Se argumentó que el agraviado se constituyó de manera extemporánea, pues pese a que fue emplazado de la solicitud de terminación anticipada y de la realización de la audiencia respectiva, no se constituyó como parte en esa oportunidad y además no concurrió a la referida audiencia. Al haberse constituido el actor civil con posterioridad a la sentencia condenatoria que aprobó el referido acuerdo de terminación anticipada, se declaró la nulidad de los actos procesales ocurridos con posterioridad a dicho momento, incluyendo la resolución que concedió el recurso de apelación interpuesto(341).

(340) Acuerdo Plenario N° 5-2011. Décimo quinto considerando.
(341) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 355.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se planteó el problema de establecer si se podía constituir en actor civil en la fase de diligencias preliminares, esto es, antes de la formalización de la investigación preparatoria. La respuesta es negativa porque en esa fase: "(…) el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado"(342).

El escenario natural para la constitución en actor civil es la fase preparatoria porque allí el agraviado constituido podrá construir con sus propios actos de investigación el objeto procesal de prueba que está constituido por los hechos vinculados a los daños que le ha ocasionado, y a preparar sus medios de prueba para luego de ser admitidos en etapa intermedia se actúe en juicio oral. No hacerlo así sería distorsionar la acción reparatoria. Si no se pudo hacer en su oportunidad por negligencia o impericia de la defensa, tiene los tribunales civiles para demandar respecto de los daños.

1. Trámite de la constitución en actor civil

El NCPP dice que el juez de la investigación preparatoria, una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día y que rige a los solos efectos del trámite, el artículo 8 que establece la realización de una audiencia.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se concluye que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente –que en el caso del artículo 8 es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo–, pero esta debe proferirse, como paso posterior, de la realización

(342) Acuerdo Plenario N° 5-2011. Décimo séptimo considerando.

de la audiencia. La decisión es impugnable por las partes disconformes (art. 103.1). La sala superior resolverá**.**

VIII. Facultades del actor civil

Siendo su facultad principal la pretensión reparatoria, para la materialización de esto se le reconoce sin perjuicio de los que tiene como agraviado, deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la ley prevé, intervenir –cuando corresponda– en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho (art. 104).

Para que no sea un actor pasivo en el establecimiento de la responsabilidad penal del imputado, el NCPP le reconoce facultades adicionales como la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o participe, así como acreditar la reparación civil que pretende. No le está permitido pedir sanción (art. 105).

En la medida que se ha previsto por economía procesal la acumulaciones de la acción penal y la civil. Si se ha constituido en actor civil el agraviado, esto le impide que presente demanda indemnizatoria en la vía extra - penal. También se prevé que el actor civil se desista, pero la oportunidad es antes de la fiscal. Si lo hiciere así no tiene impedimento de ejercer la acción indemnizatoria en vía civil (art. 106).

Podemos extraer como conclusiones del referido Acuerdo Plenario N° 5-2011, que si hay absolución o sobreseimiento el juez puede pronunciarse si el hecho declarado ilícito si fue causa del daño. En este caso podrá fijar una indemnización. Otra conclusión es que la acumulación de la acción penal y la acción civil responde a al principio de economía procesal, esto es evitar que el perjudicado encamine su petición indemnizatoria en un proceso civil independiente del penal. En tercer lugar, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho. Por último, la constitución en actor civil debe hacerse en audiencia para garantizar el contradictorio, aun cuando no exista oposición.

IX. El tercero civil

En el ámbito de la reparación civil puede distinguirse dos tipos de responsables el directo en el que están involucrados los autores y cómplices del hecho delictivo y los responsables indirectos son aquellos que tienen alguna conexión con los autores pero no en el plano de las obligaciones civiles, de las que derivaran las consecuencias patrimoniales en su contra. Ambos responden solidariamente por el pago de la reparación.

La doctrina reconoce al tercero como demandado que según las leyes civiles responde por el daño que el imputado hubiera causado con el delito (o cuasidelito), puede intervenir en el proceso penal como parte pasiva de la acción civil(343).

Font Sierra –citado por San Martín– dice que la responsabilidad del tercero debe cumplir dos requisitos:

- El responsable directo tenga una relación de dependencia con el tercero civil, es decir, que el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio como sometido aunque sea potencialmente a la dirección y posible intervención del tercero.

- El acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios(344).

En el Derecho español se le conoce al tercero como el responsable civil subsidiario y que adquiere esta condición si se dan estos supuestos:

- Que el infractor y presunto responsable civil subsidiario estén ligados por una relación jurídica o de hecho en virtud del cual el responsable penal principal se encuentre bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera en permanente, o puramente circunstancial y esporádica de su principal o al menos la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenten con beneplácito anuencia, aquiescencia del responsable civil subsidiario.

- Que el delito que genere la responsabilidad se inscriba dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno

(343) NÚÑEZ, Ricardo C. Ob. cit., p. 171.
(344) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Vol. 1, p. 209.

de la actividad cometido a tarea confiadas a infractor perteneciente a su esfera o ámbito de actuación[345].

El CPPMI dice sobre el tercero civil como emplazado en el artículo 100 que quien ejerza la acción reparatoria podrá solicitar la citación de la persona que, por previsión directa de la ley civil, responda por el daño que el imputado hubiere causado con el hecho punible, a fin de que intervenga en el procedimiento como demandada.

La instancia deberá ser formulada en la forma y en la oportunidad previstas por los artículos 94 y 95, con indicación del nombre y domicilio real del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

Lo que da nacimiento al tercero civil como obligado, es el vínculo jurídico con el imputado. De la naturaleza de este nexo dependerá si es emplazado correctamente para que responda por los daños

Si el juez de la instrucción acoge la petición mandará notificar al tercero civilmente demandado, para que intervenga en el procedimiento, con copia del requerimiento, indicando el nombre y el domicilio del actor civil y del citado y el proceso al cual se refiere. Notificará al Ministerio Público (art. 100).

El tercero civil **gozará**, desde su intervención en el procedimiento, de todas las facultades concedidas al imputado para su defensa, solo en lo concerniente a sus intereses civiles. La investigación como tercero no exime, por sí misma, del deber de declarar como testigo si es que tiene algo pertinente que decir (art. 101).

En el Código Procesal del Salvador dice que podrá ser demandado civil un tercero a quien la sentencia pueda generar efectos lesivos en sus intereses (art. 123).

El Código Procesal salvadoreño prevé una intervención voluntaria (art. 124)[346] del tercero civil, y que tiene a mi entender como explicación que esta

(345) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 139.

(346) **Intervención voluntaria**

Artículo 124.- Quien se considere civilmente responsable o demandado civil podrá solicitar su participación en el procedimiento, cuando se haya ejercido la acción civil correspondiente, y para el ejercicio de sus derechos deberá ser representado por un abogado. Para constituirse en parte deberá presentar una solicitud la cual contendrá: 1) Las generales del responsable o del demandado civil y las de su abogado, así como el lugar designado para citaciones y notificaciones.

Si se trata de una persona jurídica se indicará su denominación, razón social, domicilio, el documento que legitime su constitución y las generales del representante legal. 2) El vínculo jurídico del responsable

demuestre en juicio que el nexo con el imputado es de tal naturaleza que lo exime de pagar una indemnización, y ahorrarse una demanda en los tribunales civiles; salvo que por un tema de conciencia acepte que tiene responsabilidad civil y le interese debatir la cuantía del daño

En la situación inversa tenemos que el tercero civil debe intervenir forzosamente una vez que haya sido identificado (art. 125). El emplazamiento debe contener:

1) Las generales del responsable o del demandado civil, si se trata de una persona natural. Cuando se trate de una persona jurídica deberá constar, su denominación, razón social, domicilio, y la identificación de su representante legal.

2) La indicación de la parte civil, y proceso en el que debe de comparecer.

Si el demandado civil, no concurre a mostrarse parte en el término de cinco días hábiles, será declarado rebelde y su falta de comparecencia no suspenderá el procedimiento.

El demandado civil los mismos derechos y facultades de las que goza el imputado respecto de la defensa de sus intereses civiles, en lo que fuere aplicable. La intervención como tercero no le exime de su deber de rendir testimonio.

La exclusión del actor civil o el desistimiento de la pretensión incoada, hará cesar la intervención del responsable o del demandado civil, que es una expresión que la acción reparatoria del actor civil es disponible.

El Código Procesal Penal de Argentina dice que las personas que según la ley civil respondan por el imputado del daño que cause el delito podrán ser citadas para que intervengan en el proceso, a solicitud de quien ejerza la acción resarcitoria quien, en su escrito, expresará el nombre y el domicilio del demandado y los motivos en que funda su acción (art. 97). Este emplazamiento comprende al imputado y al tercero civil.

En el Código de Procedimientos Penales el artículo 100 señala que cuando la responsabilidad civil recaiga sobre terceras personas, el embargo se trabará en los bienes de estas. Estas tienen derecho a ser citadas y podrán intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa.

civil, con el hecho atribuido al imputado. La intervención voluntaria será admisible hasta antes del vencimiento del plazo de la instrucción.

Las medidas cautelares pueden recaer sobre sus bienes pero si se declara la irresponsabilidad del inculpado se levantarán las mismas.

En el NCPP tiene normas reguladoras de la participación del tercero civil como el artículo 111 que dispone que las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, puedan ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. La intervención de la fiscalía solo se justifica si el agraviado no se ha constituido en actor civil, porque si este existe como tal el fiscal no tiene legitimidad para obrar. En el inciso segundo del citador artículo establece las formalidades de dicha solicitud que deberá ser formulada al juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100 a 102 indicando el nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado.

El artículo 100 del NCPP está referido a los requisitos para constituirse en actor civil siendo extensivo al tercero civil. La solicitud de incorporación de tercero civil se presentará por escrito ante el juez de la investigación preparatoria y debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:

- La indicación del nombre del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder

- El relato circunstanciado y exposición de las razones que justifican su pretensión, es decir el vínculo que tiene el tercero con el imputado

La oportunidad para presentar la incorporación del tercero civil que deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria. El juez, una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de incorporación de tercero civil resolverá dentro del tercer día.

Si el juez considera procedente el pedido, mandará notificar al tercero civil para que intervenga en el proceso, con copia del requerimiento. Se dará cuenta de inmediato conocimiento al Ministerio Público, acompañando el cuaderno, para que le otorgue la intervención correspondiente. Esta decisión de incorporación no es apelable, solo el auto que deniega la constitución del tercero civilmente responsable (art. 112 del NCPP).

En la jurisprudencia del NCPP tenemos el Exp. N° 2010-045-02-JIP-Zarumilla del 9 de julio de 2010 del JIP de Zarumilla que dice que la oportunidad y forma de incorporación del tercero civil es la siguiente:

> "(…) Este Juzgado asume el criterio que, la exigencia normativa es que la solicitud o requerimiento de incorporación de tercero civil se realice antes de la culminación de la etapa de investigación preparatoria, pudiendo ser resuelta con posterioridad; circunstancia cumplida en el caso de autos".
>
> "(…) Respecto a la incorporación de Erick Daniel Salvador Jara, este Juzgado considera que el Ministerio Público no ha logrado acreditar que el pretendido tercero civil sea propietario, total o parcialmente, del automóvil participante en el accidente; pues, si bien se alega que por su propia versión es el propietario del indicado bien, habiendo inclusive alquilado al hoy acusado; sin embargo, ello no enerva la validez y eficacia probatoria de la tarjeta de propiedad antes citada, en la cual, como se reitera, se consigna a la empresa de transportes 11 de noviembre como la propietaria del vehículo"(347).

Es menester agregar que el NCPP fija un conjunto de derechos y garantías del tercero civil, quien los goza en defensa de sus intereses patrimoniales y también de los derechos y garantías que tiene el imputado. Si su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, queda obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia (art. 113). En esto es de aplicación las reglas de la rebeldía previstas en el Código Procesal Civil

Puede darse el caso que el asegurador sea llamado como tercero civilmente responsable, si este ha sido contratado para responder por la responsabilidad civil**.** Hasta cuando deberá responder, pues conforme los márgenes de la indemnización a la que se ha comprometido.

(347) Comisión Especial de implementación del CPP. Jurisprudencia Nacional. Código Procesal Penal. Lima, 2012, p. 105.

PARTE IV

LAS ACTUACIONES PROCESALES

Capítulo I
Las formalidades

La solemnidad de los actos procesales contempla una serie de aspectos que vamos a desarrollar y que son tratados en el NCPP.

I. El idioma

El CPPMI fija algunas orientaciones que no solo por su aspecto formal dejan de tener íntima relación con derechos fundamentales.

> "**110. Idioma**. Los actos se deberán cumplir en el idioma nacional para provocar sus efectos propios o poder ser valorados.
>
> La exposición de personas que ignoren el idioma nacional o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distinta o en otra forma de transmisión del conocimiento, solo podrán provocar sus efectos propios o ser valorados, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda.
>
> **111. Declaraciones e interrogatorios**. Las personas serán interrogadas en el idioma nacional o por intermedio de un traductor o de un intérprete, cuando corresponda. El tribunal podrá permitir expresamente el interrogatorio directo o en otro idioma o forma de comunicación; pero, en ese caso, la traducción o la interpretación precederán a la contestación.
>
> Las personas que declaren no consultarán notas o documentos, salvo que sean autorizadas para ello.
>
> A los sordos que saben hablar, las admoniciones y las preguntas se les presentarán por escrito; los mudos que saben escribir responderán por escrito; los sordomudos que saben escribir serán preguntados y responderán por escrito. Cuando no sepan leer o escribir, según los casos, se nombrará intérprete a alguien que pueda comunicarse con el interrogado".

El derecho a expresarse en su propio idioma, y que se apoye en un traductor garantiza que el imputado conozca los cargos, el procedimiento a llevar a cabo, sus derechos y obligaciones. Esto también aplica a quien tiene una discapacidad como ser sordo o mudo. Debe garantizarse que se puede expresar con ayuda de expertos, o medios audiovisuales, pues de lo contrario lo dejamos en indefensión.

El artículo 14.1 del NCPP instituye la realización de los actos procesales en el en idioma castellano. Es decir, no se concibe por más importantes que sean los otros idiomas un expediente llevado en quechua y aimara. Lo que sí es necesario garantizarle el acceso a la justicia mediante intérprete a quien no tiene como lengua originaria el español.

El uso del idioma propio, es una garantía que tutela el derecho fundamental de la persona que está descrito en el artículo 2, numeral 9, de la Constitución Política por la que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. Si no se respetara el idioma de las partes, entonces se estaría ante un vicio de nulidad absoluta.

Esta protección está reglada en el artículo 14.2 del NCPP que dice que cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente. El artículo 14.3 fija regla que en caso el justiciable no pueda expresarse en castellano se le provea traductor o intérprete para que estos puedan usar su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender. Si existieran documentos y grabaciones en un idioma distinto del español, deberán ser traducidos cuando sea necesario.

Los actos procesales deben realizarse en el castellano, que es la lengua oficial. A veces los jueces adornan sus actos con frases en latín, cuyo uso si bien es arcaico tampoco está prohibido siempre y cuando se haga la respectiva traducción.

Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente; igualmente se proveerá de traductor o intérprete, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender (art. 14 del NCPP).

En el Derecho Internacional, el artículo 14.3,f, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8.2,a, de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho de toda persona de ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal ante el que se halle siendo juzgada, derecho del cual el Perú, como Estado ratificante de dichos acuerdos, es plenamente respetuoso, tal como lo consagra la Cuarta Disposición Transitoria Final de la Constitución Política del Estado Peruano (Sentencia del TC **Exp. N° 00099-2010-PHC/TC)**.

Por otro lado, los documentos y las grabaciones en un idioma distinto del español deberán ser traducidos cuando sea necesario, para el entendimiento de su contenido por las partes. Los traductores deben estar en la nómina respectiva del Ministerio Público o del Poder Judicial.

El derecho al idioma se extiende a las declaraciones e interrogatorios de personas que desconocen el castellano será con traductores o intérpretes de su lengua original. El juez podrá permitir, expresamente, el interrogatorio directo en otro idioma o forma de comunicación. El ritual es que la traducción o la interpretación precederán a las respuestas (art. 115).

En el desarrollo del interrogatorio el artículo 15 establece qué personas serán interrogadas en castellano o por intermedio de un traductor o intérprete, cuando no maneje esa lengua. El juez podrá permitir, expresamente, el interrogatorio directo en otro idioma o forma de comunicación y la traducción o la interpretación de las preguntas precederán a las respuestas.

II. Condiciones de tiempo

El tiempo es una condición de la forma de los actos; el proceso, dinámico, "avanza a través del tiempo", en forma de "procedimiento" ordenado; es el "tiempo", el que, dividido en fracciones, permite ese necesario orden, de modo que no se avance "a saltos ni a tropezones" (una vez terminado un periodo o lapso de tiempo ideal, debe cerrarse y abrirse otro, destinado a otra actividad procesal; esto es, se trata de las "preclusiones")[348]. El tiempo es una manera de ordenar la generación de actos procesales.

Según el CPPMU respecto al tiempo, señala que los actos podrán cumplirse cualquier día y en cualquier hora. Durante las audiencias, el presidente del tribunal hará conocer de viva voz a todo los concurrentes el día, hora y lugar de su reanudación, en caso de aplazamiento o suspensión con plazo

(348) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 344.

determinado (art. 113). Esta facultad de habilitación de día y hora se tiene en el NCPP(349) Salvo que exista una norma en contrario.

Las determinaciones de tiempo son entre las condiciones normales las más necesarias, pues aseguran el fin del pleito. El paso a cosa juzgada de una sentencia puede depender de una determinación de tiempo (término de impugnación). Entre las determinaciones de tiempo unas se refieren al tiempo propio para realizar actos procesales, otras al término fijado para su ejecución(350).

El NCPP respecto a las condiciones de tiempo del acto procesal ha establecido algunos aspectos formales que es necesario analizar. El artículo 117 versa sobre el tiempo señalado que salvo disposición legal en contrario, las actuaciones procesales podrán ser realizadas cualquier día y a cualquier hora, cuando sea absolutamente indispensable según la naturaleza de la actuación. Aquí hay que recordar la regla en penal que no hay día ni hora inhábil, por ejemplo para realizar una reconstrucción y se desea ser lo más fidedigno posible, el juez habilitará el día y la hora para hacerlo. Las actuaciones procesales constarán en un acta donde figurará el lugar y la fecha en que se realizaron. La omisión de estos datos no tornará ineficaz el acto, salvo que no pueda determinarse, de acuerdo con los datos del acta u otros instrumentos la fecha en que se realizó.

Como otros referentes tenemos que en el NCPP hay un conjunto de plazos que condicionan el efecto de un acto procesal, por ejemplo, el término para ofrecer pruebas, para interponer recurso impugnatorio.

III. Condiciones de lugar

Los actos procesales –apunta Chiovenda– se realizan en el lugar de la autoridad judicial, salvo que por su naturaleza deban realizarse en otra parte, como las notificaciones, una inspección o un embargo. El juez puede ordenar que un acto, que por su naturaleza debe realizarse en el tribunal, se realice en otra parte, como el interrogatorio o el examen de partes, testigos o peritos, a

(349) **Artículo 117. NCPP** Salvo disposición legal en contrario, las actuaciones procesales podrán ser realizadas cualquier día y a cualquier hora, siempre que resulte absolutamente indispensable según la naturaleza de la actuación. Se consignarán el lugar y la fecha en que se cumplan. La omisión de estos datos no tornará ineficaz el acto, salvo que no pueda determinarse, de acuerdo con los datos del acta u otros conexos, la fecha en que se realizó.

(350) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Traducción de José Casasis Santalo. 3ª edición, Reus, Madrid, 1925, p. 115.

domicilio, el examen de los testigos en el lugar a que se refieren las declaraciones, las sentencias(351). Es decir, que el lugar de realización del acto procesal cuando sea fuera de las sedes judiciales, va a estar determinado en por el objeto de este.

El lugar de realización de los actos procesales debe ser, en principio, el de la sede el juzgado o tribunal actuante; es su escenario natural; sin embargo, como señala Fairén,(352) los actos de comunicación, pueden ser domiciliarios, o por edictos publicados en medios de comunicación; y hay actos que, por su naturaleza como las inspecciones o reconocimientos deberán celebrarse en el lugar en el que se halle el objeto a inspeccionar y que esto es válido para todos los órdenes procesales.

Según el CPPMI el tribunal puede desplazarse en el territorio que ejerce su competencia, y podrá hacerlo a otro que no, con conocimiento y aceptación del tribunal. Si hay omisión esto no debe afectar los actos que se llevaron a cabo pero pueden establecerse responsables. Si es el mismo tribunal, así erróneamente haya administrado justicia en otras jurisdicciones, no afectara los actos que se llevaron a cabo (art. 112). Si hay que recibir la declaración del imputado fuera de la sede del tribunal se llevará a cabo de acuerdo al artículo 49(353) del CPPMI.

El artículo 116.1 del NCPP, señala que las actuaciones procesales se realizarán en el despacho del fiscal o del juez, según el caso. Ese es el escenario primigenio y oficial de desarrollo de los actos procesales. Sin embargo, por excepción el artículo 116.2 establece que el fiscal o el juez podrán constituirse en cualquier lugar del territorio nacional, cuando resulte indispensable, y no sea imposible o de muy difícil consecución, conocer directamente elementos de convicción decisivos en una causa bajo su conocimiento. En el NCPP hay una serie de actos que deben llevarse fuera de las instalaciones e incluso fuera de la competencia territorial por lo que se requiere que en este último caso se emplee el exhorto si es que el fiscal o el juez no lo hacen directamente.

(351) Ibídem, p. 117.
(352) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 347.
(353) **49. Tratamiento durante el acto.** El imputado declarará siempre libre en su persona, sin el uso de esposas u otros medios de seguridad y sin la presencia de otras personas que las autorizadas para asistir, según las reglas del artículo 44 o las propias de las audiencias orales; pero el acto se puede llevar a cabo en recintos cerrados, apropiados para impedir su fuga, cuando estuviere privado de su libertad.

IV. Las audiencias

Son periodos de tiempo durante los cuales, el magistrado toma asiento en una sala de su residencia, a esto destinada y las partes comparecen ante él, para tratar el pleito. Tienen lugar en días y horas determinadas, al principio de cada año, que se hacen saber al público. Pueden señalarse audiencias extraordinarias. La audiencia se relaciona estrechamente con los principios de la oralidad y publicidad(354). Es en este escenario donde se realizan los actos procesales como por ejemplo la actuación de la prueba en juicio oral.

La Sala de Apelaciones Huaura, Expediente Nº 694-2006-Huacho del treinta de enero del 2007 dice que:

> "Por razones de concentración, el juicio oral debe realizarse en una sola sesión, si por lo avanzado de la hora o la complejidad del asunto debe suspenderse la audiencia no podrá el juez conocer en ese lapso otros casos ni realizar otros juicios porque ello desnaturalizaría el nuevo modelo procesal penal"(355).

En este caso, la Sala de Apelaciones consideró que se había infringido el artículo 356, inciso 2 que establece que la audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Las sesiones sucesivas tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del juzgado. La siguiente sesión en ese caso había sido señalada fuera de ese plazo y por tanto se era un vicio de nulidad absoluta, aunque me parece que indicar que el juez de juzgamiento solo debe conocer un caso hasta terminarlo, es una irrealidad frente a la multiplicidad de casos. Pensar que hay que concentrar en uno solo caso, las labores de un solo juez o colegiado cuando hay muchos casos pendientes que deben ser agendados para el juzgamiento es salirse de la realidad, por lo que no veo inconveniente que se pueda llevar racionalmente varios casos y programar las siguientes sesiones dentro del plazo previsto por el artículo 356.2.

V. El juramento

El CPPMI establece el ritual de la ratificación, una forma análoga al juramento, desde una postura laica de la siguiente forma:

(354) CHIOVENDA, José. Ob. cit., pp. 117-118.
(355) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 153.

> "**Artículo 178. Declaración**. Se comenzará instruyendo al testigo acerca de sus obligaciones y de las penas que amenazan su incumplimiento.
>
> Enseguida, el testigo será interrogado sobre sus datos personales y las demás circunstancias útiles para valorar su testimonio. Si el testigo u otra persona estuviere en peligro, se lo podrá autorizar para que no indique públicamente su domicilio, tomándose nota reservada de él. Continuará la declaración sobre el hecho, respetándose, en lo posible, las reglas de los artículos 313 y 314"(356).

No se emplea las creencias religiosas para exigir que el testigo diga la verdad sino el recordatorio de sus obligaciones y el apercibimiento de sanciones penales. Esto no obsta para que sugiera un ritual para reforzar que el testigo diga la verdad (art. 179) haciéndole el Tribunal la siguiente pregunta: "¿Ratifica Ud. ante su conciencia y ante el pueblo de este país, con conocimiento de su responsabilidad, que ha dicho la verdad y no ha ocultado nada?", y el testigo debe responder: "¡Sí; lo ratifico ante mi conciencia y ante el pueblo de este país!, conociendo mi responsabilidad!". A esto le adiciona la posibilidad que refuerce apelando a Dios o a sus creencias religiosas. La invocación religiosa no proviene de quien toma el juramento, sino está sujeto a la autonomía de la voluntad del testigo quien es el que puede hacerlo dentro de la libertad religiosa. Están exonerados de ratificar los testigos en la etapa preparatoria. Tampoco se requerirá la ratificación solemne a los inimputables, por obvias razones si es que fueron llamados a declarar, a los menores de edad. A personas que por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, o por inmadurez, no puedan comprender su significado. Esta regla también aplica a los condenados por el mismo hecho y a los sospechosos de haber participado en él o de haberlo encubierto, esto último tiene sentido en la lógica de no estar obligados a incriminarse.

El Código Procesal Penal de Colombia prescribe como regla la obligatoriedad del juramento (art. 383) a la persona que declare en juicio público o en prueba anticipada, salvo excepciones constitucionales y legales. Los testigos menores de 12 años están exceptuados de juramento pero en la diligencia deberán estar asistidos, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El procedimiento para el juramento es el siguiente:

> "**Artículo 389. Juramento**. Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento, amonestará previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales

(356) Fija el procedimiento para el interrogatorio de testigos.

> establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones. Acto seguido se tomará el juramento por medio del cual el testigo se compromete a decir toda la verdad de lo que conoce".

Como se observa hay un requerimiento de orden moral, y luego de las sanciones penales como resultado de la violación de la obligación de decir la verdad, adscribiéndose a una postura laica.

El procedimiento colombiano establece que si acusado y coacusado se ofrecen para declarar en su propio juicio, entonces comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento (art. 394). A diferencia del sistema peruano que tiene una regla más flexible, puesto que si el acusado desea declarar no está sometido a jurar, de allí que puede dar información inexacta e incluso mentir(357), y esto no le acarrea consecuencias más allá de las que tiene por ser acusado.

En el Código Procesal de Argentina, se usa la fórmula del juramento y la promesa de decir la verdad, desde una perspectiva religiosa y laica (art. 117) y bajo sanción de nulidad si no se cumple el procedimiento que es como sigue:

> "**Artículo 117**. Cuando se requiera la prestación de juramento, éste será recibido, según corresponda, por el juez o por el presidente del tribunal, bajo pena de nulidad, de acuerdo con las creencias del que lo preste, quien será instruido de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se le leerán las pertinentes disposiciones legales y prometerá decir la verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, mediante la fórmula 'lo juro' o 'lo prometo'"(358).

Hay una advertencia al testigo quien antes de comenzar la declaración, será instruido acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir verdad. Están excepcionados los menores inimputables y los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo(359). En el sistema peruano, cuando un coacusado que ha aceptado cargos en el procedimiento de conclusión anticipada del proceso, y luego es condenado, puede ser ofrecido para declarar en el juicio que tiene su otrora coacusado por el mismo hecho.

(357) Al decir esto no quiere decir que estemos generando un derecho, sino que objetivamente, hay una alta probabilidad que el acusado mienta como mecanismo defensivo.

(358) Esta regla también aplica a peritos y testigos bajo pena de nulidad (art. 23) y también para quienes son sometidos a careo, puesto que aquí es más latente que alguno de los testigos a confrontar no hayan dicho la verdad, excepto el imputado (art. 277).

(359) Codigo Procesal Penal Argentino (art. 249).

Si se admite su declaración ingresa al juicio en condición de testigo, con las consecuencias penales que esto significa. Esto se hace con la finalidad que el condenado exonere con un falso testimonio a los demás(360).

En el proceso penal argentino al imputado se le reconoce la libertad de declarar (art. 296). Puede abstenerse de declarar y en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. Si el fiscal o juez, inobservan estas reglas, hará nulo el acto o la diligencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda. Esto tiene sindéresis con las garantía otorgadas al imputado para defenderse.

En el sistema chileno, el acusado o imputado está exonerado de prestar juramento (art. 98), pero el juez o el presidente del tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formulen. La exhortación es una apelación a deberes de carácter moral, pero jamás deberá usarse la amenaza o la coacción.

Los testigos sí tienen la obligación de jurar o prometer decir la verdad, igualmente apelando a creencias religiosas o imperativos de orden moral:

> "**Artículo 306**. Juramento o promesa. Todo testigo, antes de comenzar su declaración, prestará juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos.
>
> No se tomará juramento o promesa a los testigos menores de dieciocho años, ni a aquellos de quienes el tribunal sospechare que pudieren haber tomado parte en los hechos investigados. Se hará constar en el registro la omisión del juramento o promesa y las causas de ello. El tribunal, si lo estimare necesario, instruirá al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal".

Están exonerados de jurar o prometer los menores de edad, pues contra ellos no existen legalmente consecuencias penales, por ser inimputables. De igual forma de quienes se tenga sospecha que han participado en los hechos investigados, tampoco están obligados a jurar, esto con el fin de resguardar el derecho a no incriminarse.

(360) En el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 se desarrolla sobre este tema.

En Costa Rica, tenemos que su Código Procesal Penal señala que en ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad. Esto se encuentra previsto como prohibiciones (art. 96).

Si hay necesidad de juramento (art. 134), se recibirá por las creencias de quien jura, después de instruirlo sobre las penas con que la ley reprime el falso testimonio. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte. Si se niega a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad, con las mismas advertencias. Sin perjuicio de la apelación a la creencia religiosa o morales, las consecuencias penales serán las mismas si dan un falso testimonio.

En el ordenamiento procesal mexicano, tenemos una apelación para garantizar la verdad a símbolos como la bandera y la Constitución del Estado. El rito de la protesta (sinónimo de promesa) de decir la verdad es el siguiente:

> "**Artículo 39**. Los titulares de los órganos jurisdiccionales durante el procedimiento, recabarán del denunciante, del querellante o de sus representantes legales, de los peritos, de los testigos y de quienes intervengan en alguna diligencia, la protesta de decir verdad, observando la siguiente formalidad:
>
> Colocado el declarante frente a la Bandera Nacional y a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se le tomará la protesta bajo la siguiente fórmula:
>
> 'Declarar falsamente ante la autoridad judicial, es un delito que la ley penal castiga con pena privativa de libertad y multa. Enterado de ello, pregunto a usted en nombre de la ley, si protesta solemnemente y bajo palabra de honor, conducirse con verdad en las diligencias en que va a intervenir'. El declarante contestará: 'sí, protesto', o 'no, protesto'".

En el caso de los menores, si bien no están obligados a la protesta, se les exhortará para que digan la verdad (art. 354) explicándoles claramente de manera que puedan entender el alcance de la misma y el objetivo de la diligencia. En el juicio oral el juez identificará al perito o testigo, y le tomará protesta de conducirse con verdad (art. 371).

En los Estados Unidos, los testigos están obligados a prestar juramento, si dicen un falso testimonio cometen perjurio que es un delito federal, establecido en el Código de los EE.UU. en 18 USC 162. Los elementos de la conducta para que pueda ser calificada como perjurio son los siguientes:

- El testigo ha prestado juramento ante un tribunal competente, funcionario, o persona.

- En cualquier caso en que la ley de los Estados Unidos autorice que deba efectuarse un juramento,

- Que testifique, declare, deponga, o certifique que es verdad, o que suscriba cualquier testimonio por escrito, declaración, deposición o certificación afirmando que es cierta, y

- Contrario a dicho juramento, intencionalmente declare o suscriba cualquier material que sepa que no es la verdad.

Observamos que el prestar el juramento un presupuesto para que sea considerado como perjurio.

VI. Juramento en el NCPP

Este es un ritual que busca que subjetivamente el sujeto esté compelido a decir la verdad. Obviamente esto es relativo, ya que no se puede garantizar que la persona por más que jure pueda decir algo que sucedió en la realidad.

Sin embargo, el artículo 18 del NCPP establece el juramento que se recibirá según las creencias religiosas de quien lo hace, sin perjuicio de instruirlo sobre la sanción que se haría acreedor por la comisión del delito contra la administración de justicia. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte.

Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad siempre con la advertencia de ser procesado en caso de falso testimonio.

VII. Formalidad en el interrogatorio

El artículo 119 del NCPP fija la formalidad del interrogatorio. Cuando las personas sean interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas ni documentos –esto va para los acusados, agraviados y testigos en estricto. Salvo la excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello, e incluso los imputados, en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos o circunstancias del proceso. Puede tratarse de un delito bastante complejo y técnico como los financieros. Las preguntas guardarán una formalidad

estando excluidas las que sean impertinentes, capciosas ni sugestivas. La nulidad será vía las objeciones y el juez declarar su ineficacia.

VIII. Las actas

Conforme al CPPMI la forma de documentar o protocolizar los actos procesales es por medio de las actas, aunque es de advertirse que la documentación en esta época da lugar a que se haga en medios magnéticos. Sin perjuicio de esto la documentación se podrá seguir haciendo por acta. El funcionario que los practique encabezará el acta haciendo constar el lugar, el día, el mes y el año de su realización; la hora constará cuando la ley o las circunstancias lo requieran. Si hay actos sucesivos, llevados a cabo en lugares o fechas distintas, o cuando un único acto se haya suspendido, continuándose en otro lugar o en otra fecha, se hará constar en ellas los lugares y fechas de su continuación.

El funcionario dará fe del contenido del acta por quien practica el acto y por todos los que intervinieron en él, previa Si alguien no supiera firmar, podrá hacerlo otra persona por él, a su ruego, o un testigo de actuación, convocado al efecto.

En el acta deberá constar el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para los actos particulares. Si hay omisión de estas formalidades solo privará de efectos al acta, o tornará invalorable sus contenidos, cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos del mismo acto o de otros actos conexos, o no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre provoquen un agravio específico e insubsanable a la defensa del imputado o de las partes civiles. De allí la importancia que al suscribir el acta las partes lean su contenido.

Si bien en este nuevo modelo procesal penal la herramienta elevada a nivel de principio es la oralidad, no se soslaya la forma en que se documentará. El artículo 120.1 del NCPP dice que la actuación procesal, fiscal o judicial, se documenta por medio de acta, utilizándose de ser posible los medios técnicos que correspondan. Y en el numeral dos dice que si hay acta debe ser fechada con indicación del lugar, año, mes, día y hora en que haya sido redactada, las personas que han intervenido y una relación sucinta o integral –según el caso– de los actos realizados. Se debe hacer constar en el acta el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para las actuaciones que así lo requieran, por ejemplo, en las pruebas anticipadas estas tiene que registrarse toda vez que su ingreso como prueba en el juicio oral será como documento, que regularmente es un acta.

El artículo 121.1 establece la invalidez del acta o que carecerá de eficacia solo si no existe certeza sobre las personas que han intervenido en la actuación procesal, o si falta la firma del funcionario que la ha redactado.

El artículo 121.2 dice que la omisión en el acta de alguna formalidad solo la privará de sus efectos, o tornará invalorable su contenido, cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos de la misma actuación o actuaciones conexas, o no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre que provoquen un agravio específico e insubsanable a la defensa del imputado o de los demás sujetos procesales.

Lo que se reconoce es que cualquier vicio en el acta podrá generarse certeza con otro medio de prueba de tal manera que no pierda sus efectos jurídicos. En esta línea tenemos la sentencia dictada por la Sala de Apelaciones de Huaura, Exp. 582-2006, que dice:

> "Que aun cuando se advierte del acta de audiencia respectiva que no se consigna en forma expresa el acuerdo llevado a cabo entre el fiscal y el acusado con su abogado defensor respecto al carácter de la pena sin embargo, al hacerse alusión a determinadas reglas de conducta –como pago de o la reparación civil u control de firmas mensuales– es de suponer el mismo máxime si en el segundo considerando de la sentencia recurrida se hace referencia a ella como también con el cuestionamiento expreso que esta instancia se efectúa por lo que este colegiado tiene por salvada dicha contingencia en aplicación de lo dispuesto por el artículo 152 del Código Procesal Penal"[(361)].

Aquí lo que se hace es convalidar un defecto subsanable que puede inferirse de los considerandos de la sentencia y por la misma referencia a la que aluden las partes.

1. Precedente vinculante y principio de oralidad

En el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 se señala que la Constitución Política del Perú, en su artículo 139, recoge las principales garantías-derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento. Además menciona respeto de los temas de análisis del Pleno: oralidad y motivación, dos disposiciones esenciales:

(361) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 199.

a) La motivación escrita de las resoluciones judiciales (art. 139.5) que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional.

b) El debido proceso (art. 139.3), al que hay que asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos, sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia.

En el Acuerdo Plenario se fija una premisa sobre la oralidad que explica posteriormente el desarrollo discursivo de esta decisión de los jueces supremos, del siguiente modo:

> "Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [JUAN MONTERO AROCA: Derecho Jurisdiccional I. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, **la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria**".

2. Precisiones sobre la oralidad

La oralidad, como afirma Alberto Binder, es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal porque permite preservar la inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial. La oralidad es un instrumento, un mecanismo, la inmediación o la publicidad son principios políticos y garantías que estructuran el proceso penal(362) .

Este es un aspecto para tener en cuenta, la oralidad es solo un instrumento de comunicación como lo es la escritura, elevarlo a categoría constitucional es deidificar un medio, aunque es de reconocer que hay estas posiciones en la doctrina procesal. ¿La oralidad es garantía para un juicio justo? De por sí no lo es, como tampoco la escritura. Por otro lado, no podemos afirmar que

(362) BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 96.

de por sí la oralidad o la escrituralidad provocan injusticias. Estos han estado articulados con modelos y han respondido a la naturaleza de los mismos.

Dentro de una lógica de eficiencia hay que tener en cuenta cuál es la finalidad, qué mecanismo abona en determinadas circunstancias en la celeridad procesal que es un derecho de los justiciables.

La oralidad tiene su reinado en las audiencias, y en la medida que hay una exigencia que los jueces resuelvan inmediatamente sobre determinada controversia, se la debe emplear para trasmitir la decisión. Nuevamente nos preguntamos: ¿es garantía de una decisión justa o de pronto es necesario que el juez se tome un tiempo para estudio y pueda emitir una decisión más acorde con la justicia? Lo que podemos afirmar que esto es relativo, puesto que la exigencia es también en la capacidad de los jueces para argumentar y adoptar una decisión correcta. ¿Será más justa si un juez la emite en audiencia? No, sigue siendo relativo. O de pronto será más justa si la lee dos días después. Lo único que se puede decir frente a la decisión escritural es que el juez ha tenido más tiempo para razonar. Esto no desmerece el hecho que el juez en audiencia con convicción pueda dictar una decisión sólida y debidamente fundamentada.

La decisión trasmitida oralmente es la concreción de un proceso de raciocinio judicial que se da en la cabeza del juzgador de la apreciación de la prueba.

En el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 se identifica acudiendo al artículo 123 del NCPP a las resoluciones judiciales según su objeto, en decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes. Todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas(363). Se citan los artículos 394, 396, 425, 431.4, 468.5, 477.4 y 484.6 del NCPP.

Las resoluciones judiciales –dicen los jueces supremos–, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso y sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos según lo dispone el artículo 125.1 del NCPP.

(363) Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116. Séptimo considerando.

3. La oralidad y el juicio

En el Acuerdo Plenario se señala que el régimen de la oralidad de la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361 NCPP y que el apartado 4) prevé que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta.

Las resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran en los decretos y los autos deben documentarse en el acta –salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita. Que sin perjuicio de la existencia del acta escrita, por su propia naturaleza, recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio conforme al artículo 361.1 del NCPP, también se autoriza que la audiencia pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video). Pese a todo esto el Pleno de jueces supremos establece como pauta:

> "(…) la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable. (…) el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo"(364).

4. Oralidad y formas procesales

En el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 se considera que el principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales, que han de ser realizados verbalmente. Facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, pero no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

> "Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En estas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes –**lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria**–, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede

(364) Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116.

haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia (…), según se advierte de los artículos 349 y 350.1 del NCPP"[365].

5. Oralidad y resoluciones orales o verbales

En el Acuerdo Plenario examinado se establece, luego de un recorrido minucioso en el texto del NCPP, que en diversos procedimientos tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal.

Son dictadas en cuatro supuestos:

En forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71.4, 266.2, 271.1 y 2, y 343.2 NCPP).

En otros casos –en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente–, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2.5, 2.7, 8, 15.2.c), 34.2, 74.2, 75.2, 76.1, 91.2, 102.1 y 2, 203.2, 203.3, 204.2, 224.2, 224.3, 225.5, 228.2, 229, 231.4, 234.2, 245, 254.1, 274.2, 276, 279.2, 283, 293.2, 294.1, 296.1, 296.2, 296.4, 299.2, 301, 305.2, 319.c), 334.2, 352.1, 450.6, 451.1, 453.2, 478.1 y 3, 480.1, 480.2.b), 480.3.b), 484.1, 3 y 6, 486.2, 491.2, 491.3, 491.4, 491.5, 492.2, 521.3, 523.6, 544.3, 557.4 NCPP.

También el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente y se utiliza la fórmula: **hasta dentro de (…) horas o días después de realizada la audiencia** (artículos 45.2, 468.1 y 5, 477.3, 420, 424, 431.2, 521.4, 526.2).

Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta –en ocho supuestos aproximadamente–: **la resolución se emitirá en el plazo de (…) días**: 255.3, 345.3, 493.3, 539.2, 543.1, 544.3, 563.2, 557.5 NCPP, de la que desprende su forma escrita.

Las resoluciones orales están reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. El Pleno de jueces supremos señala que fuera de estos casos,

(365) Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116. Octavo considerando.

es necesario de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita.

Con la premisa de la vigencia de otros principios como el de concentración que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión(366) y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión en el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 se concluye que **la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia.** Esta no puede suspenderse para otro día con el solo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia por lo que si fuera así **un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita**.

6. La documentación de la resolución oral

Los jueces supremos señalan que la finalidad de la documentación de la resolución oral es garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales.

En el Acuerdo Plenario se propone desde una perspectiva sistemática a una interpretación de los artículos 120 y 361 del NCPP. Los autos, atentos a sus exigencias formales, requieren de una documentación –no sucinta– sino integral, y esta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se reconoce la primacía del acta frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible **como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral**. Aunque el Pleno de jueces supremos dosifica esta orientación para hacerla compatible con los principios de economía y celeridad procesal, de la siguiente forma: si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente pues basta que conste su sentido y lo que decida o resuelva con claridad.

La reproducción integral de la resolución oral solo será necesaria cuando esta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión.

(366) Citan a MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231.

7. Motivación de las resoluciones

El Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 hace una descripción de la importancia de la motivación de las resoluciones como exigencia constitucional pues es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Haciendo mayores precisiones agrega:

> "Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: **1)** En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico–. **2)** En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación **(i)** de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y **(ii)** de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias"(367).

La novedad que plantea es que la motivación, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión.

Respecto de la extensión de la motivación los jueces supremos establecen que está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, solo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

Se reconoce a la jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, la facultad de integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en

(367) Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116. Décimo primer considerando.

tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas.

La nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva y los errores –básicamente jurídicos– en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; solo tendrán trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber incurrido en el mismo(368).

Con todo este raciocinio de los jueces supremos parece que apuntan a paliar en algo los efectos en las prácticas que ya se han venido dando en diversos distritos judiciales como La Libertad, en los que la documentación de la resolución se hace en audio y no en acta.

Otra regla que se establece en el Acuerdo Plenario es que en vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la medida en que la parte de la decisión objeto de la remisión esté razonablemente fundamentada según el criterio establecido en la Casación N° 05-2007/Huaura.

8. Constitución: motivación y forma

El Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 reitera que el artículo 139.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita, pero que la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal.

Hasta aquí suena interesante, pero no en el sentido de reconocer la documentación de la resolución oral en audio o video, sino sumar estas formas de registro a la principal que es el acta, que es el *leiv motiv* de este Acuerdo Plenario.

Si bien reconocemos el fundamento constitucional de la forma escrita y somos partidarios de su importancia como medio de comunicación en la medida

(368) Ídem.

que el Modelo Acusatorio no la suprime sino que busca en aras de la celeridad procesar reducirla; tampoco apoyamos aquella posición que cree que la oralidad soluciona todo y que esta es una garantía per se de decisiones justas. Cada una tiene su importancia debidamente contextualizada.

Creemos que tampoco podemos hacer una cuestión de estado si solo se documenta la resolución oral en audios o videos en la medida que se garantice la seguridad jurídica, la integridad de la resolución, el control de la actuación jurisdiccional por instancia superior; sin embargo, esto es impracticable si es que no se cuenta con un Poder Judicial, en el caso de la Reforma Procesal Penal, interconectados todas las órganos integrantes del modelo; y no hay un uso intensivo de las tecnologías de información.

Con respecto a este precedente vinculante podemos sacar las siguientes conclusiones:

a) La Constitución no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional.

b) La vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria.

c) Las sentencias tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes –todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas.

d) Las resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran en los decretos y los autos según el Acuerdo Plenario, deben documentarse en el acta; sin embargo, hay que tener en consideración que esta no es la única forma de documentación.

e) El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales.

f) La resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Esta no puede suspenderse para otro día con el solo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita.

g) La motivación puede ser escueta, concisa e incluso por remisión. La suficiencia de la misma requerirá que el razonamiento que contenga constituya –lógica y jurídicamente– suficiente explicación que

permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión.

h) En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la medida en que la parte de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada.

i) Las sentencias deben constar por escrito para su publicidad, sin perjuicio que el justiciable pueda solicitar que se le expida en algún medio magnético donde conste su oralización.

j) Desde nuestra posición crítica, si bien concordamos con las líneas generales de este Acuerdo Plenario, hay que matizarlo con las prácticas que se han venido implementando en algunas Cortes Superiores, subordinando la forma del acto procesal a su finalidad.

Capítulo II
Las disposiciones y las resoluciones

La actuación del Ministerio Público se expresa en decisiones que pueden adoptar la forma de disposiciones, providencias, y requerimientos.

Las disposiciones se dictan para decidir:

a) El inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones;

b) La conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación;

c) La intervención de la policía a fin de que realice actos de investigación;

d) La aplicación del principio de oportunidad;

e) Toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la ley (art. 122.2).

Las providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación.

Los requerimientos son peticiones que se formulan a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal.

Las disposiciones y los requerimientos deben estar motivados. Y en los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen. Pensemos, por ejemplo, en una petición de prisión preventiva.

I. Resoluciones judiciales

En el sistema procesal acusatorio existen también resoluciones judiciales, de allí que el CPPMI también formule orientaciones en este tema. Por ejemplo, en el ejercicio del poder coercitivo, el tribunal al requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordene (art. 140) emitirá resoluciones, las que deben

ser protocolizadas en legajos siendo responsable de la elaboración un secretario (art. 141). Los documentos estarán para quien tenga un interés legítimo que puede pedir copia autorizada de esas decisiones.

Las principales decisiones judiciales les da la terminología de sentencia, como que serán las decisiones de los tribunales dictadas en el procedimiento intermedio, en el juicio o después de la interposición de un recurso, que pongan fin al proceso de conocimiento de modo definitivo y no permitan una persecución penal posterior, o las que decidan definitivamente sobre la reparación del daño (art. 142 primer párrafo). En el modelo peruano un auto también puede cerrar un caso.

En el artículo 142 segundo párrafo con relación a los autos el CPPMI considera las decisiones de los tribunales que resuelvan un incidente; y las que versen sobre la pena, durante el procedimiento de ejecución.

En el artículo 144 señala que cuando no se haya previsto otra cosa, los tribunales dictarán las disposiciones de mero trámite inmediatamente, que son los decretos. El juez de oficio decidirá mediante decretos los requerimientos del ministerio público o de la policía y evacuarán del mismo modo las citas del imputado.

La demora en dictar una resolución permite que el afectado pueda recurrir en queja ante el Tribunal de Casación (art. 145). En el NCPP la queja se centra en la denegatoria de recurso de apelación o por haberse dictado con efecto que no desea el apelante.

El NCPP recoge la terminología tradicional. Las resoluciones judiciales, según su objeto, son decretos, autos y sentencias. A excepción de los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso; es decir, debe estar motivado (art. 123.1 del NCPP).

Los decretos se dictan sin trámite alguno y sirven para el impulso del proceso. Los autos se expiden, en la medida que esté señalado por el NCPP, previa audiencia con intervención de las partes. Las sentencias se emiten según las reglas previstas en el código.

II. Error material

En la elaboración de resoluciones judiciales pueden darse errores en la redacción, por lo que es posible que se realicen las correcciones. El CPPMU señala sobre esto lo siguiente:

> "**146. Rectificación**. Dentro de los tres días siguientes de dictadas las resoluciones, el tribunal podrá rectificar, de oficio, cualquier error u omisión material de aquellas, siempre que no importe una modificación esencial.
>
> Los intervinientes podrán instar su aclaración, suspendiéndose en este caso el plazo de los recursos".

Lo esencial de la rectificación o corrección es que no se varíe el sentido de la resolución, pues allí ya estaríamos ante una modificación que va a afectar a cualquiera de las partes.

La doctrina procesal dice sobre el **error material que puede ser error en la expresión en lugar de error en la formación de la idea o, en otras palabras, en la construcción de la fórmula**; por lo general, aunque no necesariamente, un error de tal naturaleza se debe a una desatención del juez (el denominado *disparate);* tal carácter se deduce del **contraste manifiesto entre la fórmula y la idea** (por ejemplo, por una confusión de los nombres, el juez da el nombre del actor al demandado o viceversa)"(369).

El NCPP establece que el juez podrá corregir, en cualquier momento, los errores puramente materiales o numéricos contenidos en una resolución (art. 124.1). Estas correcciones son simples de hacer pues pueden darse por ejemplo errores en fechas, las que pueden contrastarse de la información del expediente.

También el NCPP prevé que el juez en cualquier momento puede aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o podrá adicionar su contenido, si hubiera omitido resolver algún punto controvertido, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto. Esta es la condición sine qua non. Cualquier corrección debe respetar escrupulosamente el sentido de la resolución.

Las partes podrán solicitar dentro de los tres días posteriores a la notificación, la aclaración o la adición de las resoluciones. El efecto de la presentación de la petición es que suspende el término para interponer los recursos que procedan. Y tiene un sentido puesto que frente a una resolución oscura, ambigua la parte que desea apelar estaría en indefensión porque no podría expresar con claridad los agravios.

(369) CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción por Sentís Melendo. 5ª edición, Volumen I, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1959, p. 543.

III. La firma

El CPPMI dice sobre esta signatura que las resoluciones deben ser firmadas por el juez o por los miembros del tribunal que las ha emitido. Si hay omisión de la firma, esto debe provocar la invalidez del acto, pues se entiende que nadie la ha dictado (art. 143). La firma aun con los avances en el futuro cuando el expediente virtual se emplee, tendrá que hacerse con tecnología digital.

Planiol y Ripert definen: "La firma es una inscripción manuscrita que indica el nombre de una persona que entiende hacer suyas las declaraciones del acto", y Mustapích –amalgamando las de Giorgi, Vélez y Machado– dice que es "el nombre escrito por propia mano en caracteres alfabéticos y de una manera particular, al pie del documento, al efecto de autenticar su contenido"(370) La firma tiene la finalidad de autenticar el documento, esto es, que el firmante es el autor del contenido de la resolución.

En el NCPP se establece que sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones serán firmadas por los jueces o por los miembros del juzgado o de la sala en que actuaron (art. 125.1).

Si faltase alguna firma de los jueces en caso de colegiados, fuera de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, provocará la ineficacia del acto, salvo que la resolución no se haya podido firmar por un impedimento invencible surgido después de haber participado en la deliberación y votación. En estos casos existe la firma en las actas de votación por lo que este será la referencia que deberá colocarse en la resolución judicial.

IV. Las notificaciones

EL CPPMI establece las reglas para la notificación de las decisiones de los tribunales que se harán conocer a quienes corresponda al día siguiente de dictadas (art. 127).

Las notificaciones son el vínculo de comunicación entre los órganos del Ministerio Público, los órganos jurisdiccionales y las partes, de allí que si no se realiza una gestión eficiente, esto va en contra de la celeridad de los procesos. Cada sistema judicial debe emplear la mejor forma de hacerlo, en el caso peruano

(370) Extraído de Omeba. Edit. Driskill. Buenos Aires, 2000.

se ha avanzado lentamente en el sistema de notificaciones electrónicas,(371) por lo que todavía se tiene que recurrir al notificador tradicional.

Como referencia a las notificaciones tenemos que el Código Procesal Civil en su artículo 155 dice que el acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. En la doctrina procesal se dice que: "La comunicación interna del proceso se practica por la vía de la notificación como medio principal. Por ella se ponen en conocimiento de los interesados las resoluciones judiciales que se dictan cuando no se pronunciaron en su presencia"(372).

La notificación tiene relevancia constitucional en tanto sea medio de comunicación de las partes y de todo lo que se ventila en el proceso judicial. Está vinculado al debido proceso y concretamente al derecho a la defensa. En esta línea de reconocer la importancia de la notificación no solo como derecho del imputado, sino de sus obligaciones frente a los requerimientos judiciales, tenemos la sentencia Nº 7508-2005-PHC/TC del 17 de octubre de 2005 que señala que el derecho de defensa garantiza al imputado la real y efectiva posibilidad de conocer de manera cierta, precisa e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, en tanto que las notificaciones **tienen por objeto hacer de su conocimiento las citaciones judiciales que se le cursan o los requerimientos del órgano jurisdiccional para poder acatar los mandatos judiciales**. Así, el juzgador podrá inferir si cuenta con la diligente colaboración del procesado o, si por el contrario, este es renuente a su mandato o si su accionar está orientado a sustraerse de él. Pero lo esencial es que la parte conozca el contenido de las notificaciones, que se sustraiga, o haga caso omisión, es una conducta que escapa a la finalidad inmediata.

1. Reglas para la notificación

El CPPMI señala en qué lugares se debe notificar, y allí sale a relucir los domicilios reales y legales o procesales, o los lugares donde temporalmente puede estar un destinatario, como una zona de detención por disposición policial o judicial.

(371) Este es un tema que hemos impulsado desde nuestra participación con la ponencia "Notificaciones Electrónicas en Materia Penal" en el V Seminario Internacional de Gestión Judicial organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJAS y Corte Suprema de Justicia del Perú, el 10 de octubre del año 2007.

(372) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 195.

> "**129. Lugar**. Las personas serán notificadas en su domicilio real y o en legal, cuando lo tuviere; quienes ya hayan comparecido en el procedimiento, en el domicilio especial constituido; el imputado que estuviere privado de su libertad, en el lugar de su detención. Todos podrán ser notificados en la Oficina del Tribunal, conforme al artículo 131 o cuando se tratare de notificaciones que se perfeccionan por la lectura de la resolución.
>
> Cuando se ignore el domicilio de la persona a notificar será notificada en el lugar donde se halle o, en su defecto, en la forma establecida por el artículo 133.
>
> Los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento serán notificados en sus respectivas oficinas.
>
> **130. Defensores o mandatarios**. Cuando los intervinientes tuvieran defensor o mandatario, a ellos se les notificará las resoluciones, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan la notificación al asistido o al mandante".

Estos criterios si los comparamos con el NCPP han sido recogidos en gran parte. Allí se establece que las disposiciones y las Resoluciones deben ser notificadas a los sujetos procesales, dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas, salvo que se disponga un plazo menor (127.1).

Si el imputado está detenido o preso, la primera notificación será efectuada en el primer centro de detención donde fue conducido, mediante la entrega de copia a la persona, o –si no es posible– el director del establecimiento informará inmediatamente al detenido o preso con el medio más rápido.

Al imputado no detenido, la primera notificación se hará personalmente, entregándole una copia en su domicilio real o centro de trabajo.

Si las partes tienen defensor o apoderado, las notificaciones deberán ser dirigidas solamente a estos, excepto si la ley o la naturaleza del acto exigen que aquellas también sean notificadas.

Si la notificación debe practicarse por medio de lectura, se leerá el contenido de la resolución y si el interesado solicita copia se le entregará.

Lo no previsto en el NCPP respecto a las notificaciones será cubierto supletoriamente por el Código Procesal Civil, con las precisiones establecidas en los Reglamentos respectivos que dictarán la Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el ámbito que les corresponda.

V. Los edictos

El CPPMI señala que el supuesto para esta clase de notificación es cuando se ignora el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada. Es obligación del tribunal, intentar las medidas a su alcance para averiguarlo, y ordenará la publicación de edictos por tres días, en un diario de circulación, sin perjuicio de proseguir las investigaciones sobre la residencia (art. 133). Seamos sinceros la notificación por edicto cumple una función formal de sustituir la notificación de alguien cuyo domicilio se conoce, pero la irradiación de la información depende del medio de comunicación que se emplee. El CPPMI para reforzar la notificación por edictos establece que se hará por una radioemisora o por la televisión, y en todos los casos quedará constancia de la publicación. El edicto debe contener el nombre de la persona cuyo domicilio o residencia se ignora; el tribunal, su sede y una sucinta identificación del procedimiento en el cual se ordena; la orden de apersonarse al tribunal para ser notificado y denunciar su domicilio.

El CPPMI recomienda que los periódicos, las radioemisoras y las emisoras de televisión dispondrán de un espacio gratuito para estos fines a razón de un cuarto de página por día, para las publicaciones escritas, quince minutos por día para las radioemisoras, y tres minutos por día para las emisoras de televisión. En Perú solo funciona con el diario oficial *El Peruano* pero cuyo radio de lectores es reducido.

El NCPP señala que el edicto debe ser publicado en el diario oficial de la sede de la Corte Superior o a través del portal de la institución; y que el edicto no impedirá que se siga averiguando dónde reside la persona (art. 128).

La Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, pueden disponer que se publiquen en el diario oficial listas de personas requeridas por la justicia. Esto tiene sentido si es que se va a buscar la colaboración de la ciudadanía en la búsqueda. Tendría un sentido si, por ejemplo, las listas se enviaran al INPE para cruzarlas con la información de su base de datos por la posibilidad que el requerido se encuentre internado por otro delito.

VI. La notificación por otros medios

La necesidad de optimizar los servicios de notificación implica el desarrollo de sistemas dentro del Poder Judicial y el Ministerio Público. Uno de esos avances en el Poder Judicial es el Sinoe, que viabiliza las notificaciones electrónicas. El sustento jurídico de las notificaciones por correo electrónico en

materia penal, está en los artículos 163 y 164 del Código Procesal Civil que se aplican supletoriamente. El artículo 163 dice : "(…) salvo el traslado de la demanda o de la reconvención, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímile, **correo electrónico** u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción. La notificación por **correo electrónico** solo se realizará para la parte que **lo haya solicitado.** Los gastos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena de costas".

El artículo 164 dice que la notificación por correo electrónico contendrá los datos de la cédula y se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el secretario respectivo, y el otro con su firma se agregará al expediente; la fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario. En el caso del correo electrónico, será, en lo posible, de la forma descrita anteriormente, dejándose constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente reporte técnico que acredite su envío.

Otra referencia legal es el Decreto Legislativo Nº 989 autoriza la notificación por correo electrónico en casos de detención preliminar; y finalmente la Ley N° 30229[373] cuya Primera Disposición Complementaria ha incorporado en el Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo relativo a esta forma de notificación y que dice:

> "**Artículo 155-A. Notificación electrónica**
>
> La notificación electrónica es un medio alternativo a la notificación por cédula y se deriva a casilla electrónica de manera obligatoria en todos los procesos contenciosos y no contenciosos tramitados ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.
>
> La notificación electrónica debe contar con firma digital y debe ser utilizada en el marco de la Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su reglamento, así como la normativa relacionada.
>
> **Artículo 155-B. Requisito de admisibilidad**
>
> Es un requisito de admisibilidad que las partes procesales consignen en sus escritos postulatorios la casilla electrónica asignada por el

(373) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2014.

Poder Judicial, extendiéndose dicho requisito al apersonamiento de cualquier tercero en el proceso.

Artículo 155-C. Efectos

La resolución judicial surte efectos desde el segundo día siguiente en que se ingresa su notificación a la casilla electrónica, con excepción de las que son expedidas y notificadas en audiencias y diligencias especiales y a las referidas en los artículos 155-E y 155-G.

Artículo 155-D. Obligatoriedad de casilla electrónica

Los abogados de las partes procesales, sean o no de oficio, los procuradores públicos y los fiscales deben consignar una casilla electrónica, la cual es asignada por el Poder Judicial sin excepción alguna.

El Poder Judicial a través de su Consejo Ejecutivo es el responsable de emitir las disposiciones necesarias para implementar y habilitar la asignación de casillas electrónicas del Poder Judicial, así como las reglas del diligenciamiento de las notificaciones electrónicas.

La obligatoriedad de consignar casilla electrónica rige para los recursos de casación que se formulen a partir de la vigencia de la presente Ley y, mientras no se disponga dicha obligatoriedad, subsiste la notificación por cédula conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil aplicables.

No son de aplicación las disposiciones de la presente Ley a aquellas personas que litiguen sin defensa cautiva por disposición expresa de la ley, salvo que así lo soliciten.

Artículo 155-E. Notificaciones por cédula

Sin perjuicio de la notificación electrónica, las siguientes resoluciones judiciales deben ser notificadas solo mediante cédula:

1. La que contenga el emplazamiento de la demanda, la declaración de rebeldía y la medida cautelar.

2. La sentencia o auto que pone fin al proceso en cualquier instancia.

La resolución notificada por cédula surte efecto desde el día siguiente de notificada.

Artículo 155-F. Recaudos de la notificación

En el caso de los actos postulatorios, el escrito y los medios probatorios que se acompañen deben presentarse en documentos físicos y, además, en soporte digital con indicación del formato de archivo para su notificación respectiva. El Poder Judicial, a través del Consejo Ejecutivo, dispone en normatividad complementaria los tipos de formatos digitales que se pueden emplear para dicho efecto.

Para el caso de medios probatorios ofrecidos que no se puedan digitalizar, el juez dispone que sean recogidos de la oficina del secretario judicial de sala o juzgado en un plazo no mayor de dos días. Vencido dicho plazo, con o sin su recojo, la notificación del acto procesal se entiende perfeccionada.

Solo las partes pueden recoger los recaudos, además de sus abogados y sus apoderados autorizados para dicho efecto. El secretario o especialista judicial debe certificar la firma y comprobar la identidad de quien suscribe la constancia de entrega bajo responsabilidad funcional.

Artículo 155-G. Notificación electrónica facultativa

Se exceptúa a las partes procesales de la obligación de notificación electrónica en aquellos procesos donde no se exige defensa cautiva, tales como en el proceso de alimentos, de hábeas corpus y proceso laboral y no se consigna abogado patrocinante, en cuyo caso, la notificación es por cédula. En caso de que la parte procesal consigne facultativamente una casilla electrónica, las notificaciones y sus efectos se rigen por los artículos precedentes del presente capítulo.

Si en el transcurso del proceso la parte procesal confiere a un abogado su patrocinio, este debe consignar al apersonarse la casilla electrónica a que se refiere el artículo 155-B. En caso de incumplimiento, el juez de la causa lo requerirá para que subsane la omisión en un plazo no mayor de dos días bajo apercibimiento de imponerle una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal.

Artículo 155-H. Nulidad como medio impugnatorio

La nulidad puede formularse por quien se considera agraviado con la notificación electrónica, cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad, fundamentando el vicio que lo motiva.

Artículo 155-I. Señalamiento de domicilio procesal

En todas las leyes procesales de actuación jurisdiccional que contengan disposiciones referidas al señalamiento de domicilio procesal, entiende que debe consignarse el domicilio procesal postal y el domicilio procesal electrónico, constituido por casilla electrónica asignada por el Poder Judicial".

Es un reto para el Poder Judicial y el Ministerio Público la implementación de estas tecnologías de información, que abre como efecto posterior el expediente digital o virtual como nuevas formas de documentación de los actos procesales. Somos firmes partidarios de estos avances de la modernidad siempre en pro de los derechos de las partes a la celeridad, y plazo razonable

VII. Las citaciones

Sobre este aspecto el CPPMI estima que procede la citación cuando sea necesaria la presencia de alguna persona para llevar a cabo un acto. La citación puede provenir del tribunal o el Ministerio Público.

Los imputados, testigos, peritos, traductores, intérpretes y depositarios podrán ser citados por intermedio del personal policial, en su domicilio o en el lugar en donde trabajan, lo que implica tener regulado un sistema de notificaciones preparado para esto, pues en el caso peruano este colapsó ya que la policía redujo su apoyo al poder judicial por problemas de logística.

El citado debe saber el motivo de la citación, la identificación del procedimiento y la fecha y hora en que deben comparecer. El notificador que puede ser el policial les advertirá que la incomparecencia injustificada provocará su conducción por la fuerza pública, y quedarán obligados por las costas que causen, las sanciones penales y disciplinarias que pueden soportar y que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo por cualquier vía a quien los cita, justificando inmediatamente el motivo. Esto tiene que ver con el acatamiento a los mandatos de la autoridad, nadie puede soslayar una citación, y si por razones justificadas tiene que dar a conocer los motivos, pues frente a esto el artículo 138 CPPMI prevé que la incomparecencia injustificada provocará de inmediato la ejecución del apercibimiento como puede ser la detención. Los testigos, peritos, traductores e intérpretes serán multados sin perjuicio de las responsabilidades penales correspondientes como un delito de desacato.

El CPPMI recomienda que en casos excepcionales, cuando exista el peligro fundado de que la persona a citar se oculte o fugue, o se desconozca su

domicilio o intente entorpecer, por cualquier medio, la averiguación de la verdad, se podrá proceder a su detención por el tiempo indispensable para llevar a cabo el acto, que nunca excederá de doce horas.

En el NCPP la citación no implica un imperativo de comparecencia, o sea, no tiene valor coercitivo. Presupone la notificación como vehículo para ponerla en práctica y no comprende el llamamiento a declarar del imputado o con fines de prueba. El emplazamiento es otro medio distinto, pero en definitiva está comprendido en la citación.

La citación debe ordenarse por decreto y ejecutarse a domicilio por el notificador con observancia de todas las formalidades previstas. El decreto debe estar contenido en la cédula, y en la diligencia debe dejarse constancia de que se notificó y citó al destinatario(374).

En el proceso penal, se requiere la presencia para la práctica de las diligencias de distintas personas, como víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios. La citación podrá hacerse por medio de la policía, de personal de la Fiscalía o del órgano jurisdiccional (art. 129.1).

Si la citación es urgente, podrá realizarse verbalmente, por teléfono, por correo electrónico, fax, telegrama o cualquier otro medio de comunicación.

Si se citara a militares y policías en situación de actividad, el conducto deberá ser el superior jerárquico. En la práctica judicial se dirigen las citaciones a las oficinas de personal.

El resultado de las diligencias de notificación y citación deberá dejarse constancia por escrito. Una expresión de esto son los cargos de notificación que acredita que la persona requerida fue notificada o citada (art. 130).

VIII. Defecto de la notificación

La notificación, reconociendo su importancia para trasmitir, se encuentra sujeta a la eficiencia de los sistemas del Ministerio Público que va a tener incidencia en la eficacia del mismo. Es decir, no logra su finalidad, que las partes conozcan el contenido de las resoluciones. Además, el NCPP (art. 131) establece que la notificación siempre que cause indefensión no surtirá efecto:

(374) CLARIÁ OLMEDO, Ob. cit., Tomo II, p. 197.

- Haya existido error sobre la identidad de la persona notificada. La notificación tiene un destinatario, en consecuencia si se remite con el nombre de otra persona no será posible que cumpla su finalidad.

- La disposición o la resolución haya sido notificada en forma incompleta. A veces sucede que no se adjuntó el documento completo donde está el contenido de la decisión lo que impediría que la parte tome efectivo conocimiento de lo que se le envía. Por ejemplo, si quisiera apelar no podría rebatir argumentos que desconoce por lo menos en su totalidad.

- Si es una diligencia que no conste la fecha o, cuando corresponda, la fecha de entrega de la copia tampoco será válida puesto que el destinatario no sabrá cuándo se va a llevar a cabo la actuación fiscal o judicial.

- Si en la copia entregada falta la firma de quien ha efectuado la notificación. El notificador debe identificarse ante el destinatario, pues si existiese algún reclamo se sabe a ciencia cierta quién fue la persona que notificó.

En el supuesto de defecto, hay una forma de subsanarlo como es la convalidación que la concebimos como la ratificación de un acto procesal con vicios y que puede ser tácita o expresa. El vicio en la notificación se convalida si el afectado procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la disposición o resolución. Si esta, pese a carecer de un requisito formal, cumplida su finalidad, que las partes tomen conocimiento del contenido.

IX. Comunicación entre autoridades

En un proceso penal hay generalmente intervención de diversas autoridades públicas para el suministro de información o cualquier diligencia donde se requiera la intervención de ellas. Esto trae como correlato que exista una forma de comunicarse entre autoridades fiscales y judiciales y otras del Estado. El CPPMI tiene los siguientes criterios para realizarlo.

> "**122. Forma**. Cuando un acto lo deba ejecutar otra autoridad nacional, o local o cuando exista la necesidad de encomendar a otra autoridad nacional o local diligencias o de pedirle informaciones relacionadas con el procedimiento, se cumplirán, en primer lugar, las formas

impuestas por los tratados o acuerdos vigentes y, si no existiere convención, se proporcionará:

1) el nombre del funcionario del ministerio público o juez que requiere la diligencia, el tribunal u órgano al cual pertenece y el domicilio de su sede;

2) la razón de ser de su competencia para el caso;

3) la diligencia solicitada, con todos los datos necesarios para cumplirla;

4) la cita de la ley por la cual se rige la diligencia y la de los preceptos correspondientes, según las reglas aplicables al procedimiento, para el caso de que deban o puedan ser cumplidas por la autoridad delegada;

5) el plazo dentro del cual debe cumplirse la diligencia cuando, por imperativo legal o por las particularidades del caso, sea necesario cumplirla en un periodo determinado o de manera urgente.

En caso de urgencia se utilizará el telegrama o la comunicación teletipo gráfica y, eventualmente, podrá adelantarse telefónicamente el contenido del requerimiento, para que la autoridad delegada comience a tramitar la diligencia, sin perjuicio de la remisión posterior del mandamiento escrito".

123. Autoridades judiciales. Cuando la delegación tenga por destinataria a otra autoridad judicial se encomendará al funcionario o tribunal de igual clase de la circunscripción u organización judicial respectiva, salvo que la diligencia pudiera ser cumplida por un destinatario específico, en cuyo caso, con el debido respeto, se dirigirá directamente al oficio correspondiente.

Cuando se tratare de actos o autorizaciones previstos por los artículos 258 y 260, el Ministerio Público o la policía, en el caso de los artículos 248 y 249, requerirá el mandamiento al juez de la instrucción, o si existe suma urgencia, directamente al juez requerido.

124. Deber de colaborar. Todas las autoridades y reparticiones públicas prestarán su colaboración al ministerio público, a los tribunales y a la policía y diligenciarán sin demora los requerimientos que reciban de ellos.

125. Tribunales extranjeros. Los requerimientos dirigidos a tribunales o autoridades extranjeras o los recibidos de ellos serán diligenciados por vía diplomática, en la forma establecida por los tratados y costumbres internacionales o, en su defecto, por las leyes del país.

No obstante, se podrá dirigir directamente comunicaciones urgentes a cualquier tribunal o autoridad extranjeros, anticipando el requerimiento o la contestación formal.

126. Retardo o rechazo. Cuando el diligenciamiento de un requerimiento dirigido al Ministerio Público o a otro tribunal fuere demorado o rechazado, el tribunal o el funcionario del Ministerio Público requirente podrán dirigirse al Tribunal de Casación o al superior jerárquico del Ministerio Público, respectivamente, quien, si procediere, ordenará o gestionará la tramitación.

En caso de tratarse de una autoridad administrativa o legislativa, el mismo juez o funcionario requirente, si procediere ordenará la diligencia al superior jerárquico en el servicio o del respectivo Poder, sin perjuicio de aplicar las sanciones que este Código autoriza y de comunicar la omisión a la autoridad disciplinaria correspondiente".

El NCPP (art. 132) fija una formalidad y es que la comunicación de ejecución precisará la autoridad judicial que lo requiere, su competencia para el caso, el acto concreto, diligencia o información solicitada, con todos los datos necesarios para cumplirla, las normas legales que la posibilitan y el plazo de su cumplimiento.

La comunicación podrá realizarse con aplicación de cualquier medio que garantice su autenticidad. Si existiese urgencia, como muchas veces existe en el proceso penal, se establece que se podrá utilizar fax, telegrama o correo electrónico. También está permitido que se adelante telefónicamente el contenido del requerimiento para que se comience a tramitar la diligencia, sin perjuicio de la remisión posterior del mandamiento escrito, lo que debe contribuir en la celeridad de las investigaciones o de los procesos.

Si se delega la realización de una diligencia a otro juez o fiscal, se cursará el exhorto correspondiente para su tramitación inmediata.

Las autoridades requeridas colaborarán con los jueces, el Ministerio Público y la policía; y tramitarán, sin demora, los requerimientos que reciban de ellos. Si existiese resistencia bajo previo apercibimiento, podrán ser denunciados penalmente.

X. Autoridades extranjeras

Cuando se hacen requerimientos a jueces, fiscales o autoridades extranjeras, estos deberán efectuarse por exhortos, los que deberán ser diligenciados de acuerdo a las formalidades fijadas en los tratados y costumbres internacionales por la legislación del país.

Por la Fiscalía de la Nación o a nivel judicial por la Corte Suprema de Justicia, se canalizarán las comunicaciones al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual, cuando corresponda, las tramitará por la vía diplomática.

En la práctica judicial estos trámites son bastante engorrosos y dificultan la labor fiscal o jurisdiccional y no van acordes con el uso de tecnologías que emplean las organizaciones criminales que se han internacionalizado. Deberían buscarse mecanismos de cooperación más flexibles de tal forma que los jueces o fiscales puedan comunicarse con sus pares del extranjero por teléfono o correo electrónico, por ejemplo. En esta línea, el NCPP dice que en casos de urgencia podrán dirigirse comunicaciones a cualquier autoridad judicial o administrativa extranjera, anticipando el exhorto o la contestación a un requerimiento, sin perjuicio que posteriormente se formalice la gestión.

XI. El expediente

El uso de la oralidad busca reducir el componente papeles escritos, oficios en la investigación preliminar o fiscal y en el proceso judicial. Sin embargo, no se elimina la forma escrita. Esta subsiste de tal forma que el NCPP regula respecto de su formación.

1. El expediente fiscal

En la nomenclatura fiscal, se emplea el término de carpeta fiscal. Es el expediente que será abierto por el fiscal con motivo de su actuación procesal para que contenga la documentación de las actuaciones de la investigación; la denuncia –si se hizo por escrito– o el acta –si fue verbal–, el Informe Policial, las diligencias de investigación que hubiera realizado o dispuesto a ejecutar, documentos obtenidos de otras autoridades, dictámenes periciales, las actas y las disposiciones y providencias dictadas, los requerimientos formulados, las resoluciones emitidas por el juez de la investigación preparatoria y toda la documentación útil a la investigación (art. 134).

Los requerimientos fiscales, que como regla general son escritos y cuando se presentan al juez de la investigación preparatoria, deben acompañarse con el expediente original o con las copias certificadas correspondientes cuando el envío del original pueda causar retraso grave o perjuicio a las partes y a la investigación (art. 135). La reglamentación sobre la presentación de los requerimientos la regula la Fiscalía de la Nación.

2. El expediente judicial

El expediente judicial que algunos consideran que se va a extinguir con el nuevo modelo, sin embargo, sigue subsistiendo de tal forma que su regulación está prevista en la norma procesal.

La génesis del expediente judicial según el artículo 136 es cuando una vez dictado el auto de citación a juicio el juez ordena su formación. Este deberá contener:

- Los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito;
- Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado;
- Las actas referidas a la actuación de prueba anticipada;
- Los informes periciales y los documentos;
- Las resoluciones expedidas por el juez de la investigación preparatoria y –de ser el caso– los elementos de convicción que las sustentan;
- Las resoluciones emitidas durante la etapa intermedia y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido recabarse, así como –de ser el caso– las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial con la resolución administrativa 096-2006-CE-PJ aprobó entre otros documentos de gestión, como de notificaciones, audiencias, administración de despacho, el de expediente judicial bajo las normas del NCPP. Por ser útil el manejo para los fines del proceso penal y conocimiento de los abogados, detallaremos lo más resaltante de este reglamento:

"Artículo 4.- Formación y contenido.

1. Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo Expediente Judicial.

2. Es parte integrante del Expediente Judicial, el Cuaderno para el Debate, así como los demás cuadernos que el órgano jurisdiccional ordene formar en el curso del proceso penal hasta su conclusión, incluyendo los que se generen durante la etapa impugnatoria, si es que la hubiere.

También formarán parte integrante del Expediente las actuaciones e incidentes que se produzcan durante la ejecución de la sentencia.

3. Los anexos del Expediente Judicial estarán constituidos por los documentos que El Código disponga, así como por los objetos o formatos de cadena de custodia, respectivos.

Artículo 5.- Cuaderno para el Debate.

1. Para el juicio oral se formará un Cuaderno para el Debate que será parte integrante del Expediente Judicial.

2. El Cuaderno para el Debate contendrá el auto de enjuiciamiento, el auto de citación a juicio, los registros que se realicen durante el juicio oral así como las resoluciones que se dicten hasta la sentencia.

Artículo 6.- Anexos del Cuaderno para el Debate.

Los anexos del Cuaderno para el Debate estará integrado por:

1. Lo que aparece prescrito en el artículo 136, inciso 1 de El Código.

2. Las cosas y objetos que hayan sido introducidos como prueba anticipada o durante el juicio oral, salvo que sus características no lo permitan.

3. El registro magnetofónico o audiovisual de todas las sesiones del juicio oral, si fuera el caso.

Artículo 7.- Medidas de seguridad de anexos.

A fin de que el juicio oral se desarrolle garantizando los principios regulados en el Título Preliminar de El Código, el órgano jurisdiccional dispondrá las medidas necesarias para que los documentos anexados al Cuaderno para el Debate, en cumplimiento de lo dispuesto

por el artículo 136 de El Código, sean protegidos hasta que el Juzgado Penal encargado del juzgamiento considere necesaria la utilización de alguno de ellos.

Artículo 8.- Traslado, remisión y resolución sobre la formación del expediente judicial.

1. Formado el Expediente Judicial, se pondrá en la Coordinación de Asistentes Jurisdiccionales a disposición del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días para su revisión y eventual solicitud de copias, simples o certificadas, y en su caso para instar la incorporación de alguna pieza de las contempladas en el artículo 136 de El Código o la exclusión de una que no corresponda incorporar. De esta última solicitud se correrá traslado a las demás partes por cinco días.

2. El órgano jurisdiccional resolverá dentro del segundo día de culminado el plazo anterior, mediante auto inimpugnable, la solicitud de incorporación o exclusión de piezas procesales, conforme lo dispone El Código.

3. Vencido este trámite, las actuaciones distintas de las previstas en el artículo 136 serán devueltas al Ministerio Público.

Artículo 9.- Copias para terceros.

Si el estado de la causa no lo impide, ni obstaculiza su normal prosecución, siempre que no afecte derechos fundamentales de terceros, el órgano jurisdiccional podrá ordenar la expedición de copias, informes o certificaciones que hayan sido pedidos mediante solicitud motivada por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés, quedando registrado mediante constancia de entrega que se anexara al expediente.

Artículo 10.- De las actuaciones en la etapa impugnatoria.

1. El Expediente Judicial también contendrá los actuados que se realicen en la etapa impugnatoria.

2. El órgano jurisdiccional competente ordenará la formación de un Cuaderno de Impugnación que tendrá como base el escrito que contenga la impugnación o la razón del Secretario respecto de la impugnación, y términos de esta, en caso haya sido planteada en audiencia.

Este Cuaderno además contendrá los pedidos, actuaciones y resoluciones judiciales que se dicte.

3. En caso de apelación de sentencia, el Cuaderno para el Debate correrá junto al Cuaderno de Impugnación.

4. Los registros magnetofónicos o audiovisuales y objetos introducidos, irán como anexos del Cuaderno de Impugnación.

5. En el caso de impugnación de autos el Cuaderno de Impugnación se formará sobre la base de lo remitido por el órgano jurisdiccional cuya resolución fue objeto de impugnación.

Artículo 11.- Cuadernos de Ejecución de Sentencia.

1. Culminado el proceso, el Expediente Judicial será remitido al órgano jurisdiccional encargado de la ejecución de la sentencia.

2. El órgano competente podrá ordenar la formación de cuadernos para la atención de los pedidos y requerimientos que se realicen en la ejecución de la sentencia, siempre y cuando sean de diferente naturaleza.

En él se registrarán las actuaciones que para el efecto se lleven a cabo.

3. Culminado el trámite, los cuadernos serán ingresados al Expediente Judicial del que formarán parte.

DEL EXPEDIENTE JUDICIAL Y CUADERNOS EN LOS PROCESOS ESPECIALES Y OTRAS ACTUACIONES JUDICIALES

Artículo 12.- Cuaderno de Terminación Anticipada.

En caso se genere un proceso de terminación anticipada, el órgano jurisdiccional competente ordenará la formación de un Cuaderno de Terminación Anticipada en el que se registrarán los pedidos, acuerdos, actas, registros de las actuaciones judiciales y resoluciones que se den hasta su culminación.

Artículo 13.- Normas aplicables a los procesos especiales.

Las reglas prescritas en Capítulo I del presente Título serán de aplicación a los procesos especiales regulados en la Sección I, II, III IV y VII del Libro V de El Código, para lo cual se tendrán en cuenta las características propias de cada proceso.

Artículo 14.- Cuaderno Judicial de Colaboración Eficaz.

Las actuaciones y resoluciones judiciales que se den en un proceso de colaboración eficaz serán organizadas en un cuaderno formado para tal efecto. Correrán como anexos la documentación que el Fiscal remita al órgano judicial.

DE LOS CUADERNOS FORMADOS ANTES DEL JUICIO ORAL

DE LOS CUADERNOS FORMADOS EN LA INVESTIGACIÓN REPARATORIA

Artículo 15.- Identificación y registro del proceso.

1. El personal administrativo respectivo, una vez que reciba la comunicación prevista por el artículo 3 de El Código procederá a registrar la causa asignándole un número con el que se le identificará mientras dure el proceso.

2. Los cuadernos que se generen dentro del proceso serán identificados con el número de registro al que se refiere el inciso anterior más un código numérico, en forma correlativa.

Artículo 16.- Cuadernos formados durante la Investigación Preparatoria.

1. Los pedidos o requerimientos realizados al órgano jurisdiccional generarán un Cuaderno. En él se archivarán, además, los documentos que presenten los sujetos procesales, el registro de las actuaciones judiciales así como las respectivas resoluciones. De la misma manera se procederá cuando el órgano jurisdiccional decida actuar de oficio.

2. Una vez que el órgano jurisdiccional dicte la resolución correspondiente, y esta sea consentida o confirmada, remitirá todo lo actuado al Ministerio Público para su incorporación al Expediente Fiscal, salvo disposición distinta. En el Juzgado respectivo quedará registrada la resolución y una sumilla del motivo que la generó.

3. Las actuaciones o resoluciones judiciales que requieran de reserva formarán parte del Cuaderno respectivo, impidiéndose su acceso a personas no autorizadas.

Artículo 17.- Anexos al Cuaderno de Prueba Anticipada.

1. Si la actuación de prueba anticipada incluye introducción de cosas u objetos estos irán como anexos del Cuaderno de Prueba Anticipada.

2. Cuando los objetos o cosas a los que se refiere el inciso anterior no pueden ir como anexos, en atención a sus características, será suficiente que en las actas de la audiencia se inserte información suficiente sobre su ubicación, salvo que se cuente con copia del formato de cadena de custodia en cuyo caso irá como anexo.

DEL CUADERNO DE LA ETAPA INTERMEDIA

Artículo 18.- Denominación, formación y contenido.

1. Las actuaciones y trámites que se realicen durante la etapa intermedia generarán un cuaderno cuya denominación será Cuaderno de la Etapa Intermedia.

2. El órgano jurisdiccional competente ordenará su formación una vez que reciba la acusación fiscal o un requerimiento de sobreseimiento.

3. El Cuaderno de la Etapa Intermedia contendrá los pedidos que hayan realizado los sujetos procesales, las resoluciones que dicte el órgano jurisdiccional así como las actas que registren las actuaciones judiciales.

Artículo 19.- Anexos.

El Cuaderno de la Etapa Intermedia tendrá como anexo el Expediente Fiscal así como los objetos o cosas en caso estos hayan sido introducidos como prueba anticipada.

DE LA CUSTODIA Y RECOMPOSICIÓN DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

Artículo 20.- Custodia del Expediente Judicial.

1. El Asistente Jurisdiccional es el responsable de la custodia y conservación del Expediente Judicial y los cuadernos que la conforman así como de sus anexos.

2. El traslado del Expediente Judicial, o cualquier parte integrante de él o sus anexos, fuera del órgano jurisdiccional solo podrá ser autorizado por el juez.

Artículo 21.- Recomposición del Expediente Judicial.

1. Se considera perdido o extraviado, total o parcialmente un expediente, o cualquiera de sus cuadernos, si luego del requerimiento realizado

por cualesquiera de las partes o del juez, este no apareciese. En este caso el solicitante pondrá en conocimiento del juez o este de oficio, ordenará se dé razón, dentro del tercer día, por el asistente jurisdiccional y los demás auxiliares eventualmente responsables. En atención a lo informado comunicará de ser el caso, a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para la investigación correspondiente. De la misma manera se procederá en casos de detención o sustracción del Expediente.

2. Desde la denuncia de pérdida, destrucción o sustracción hasta la fecha del auto que declare la recomposición del expediente, quedan suspendidos todos los términos y actos procesales en el proceso. Si al momento de la pérdida, destrucción, sustracción del expediente o de cualquiera de sus cuadernos, estuviese pendiente alguna diligencia que de no efectuarse conllevaría grave perjuicio al interesado, ella se realizará conforme a los términos de la documentación existentes, dejando expresa constancia de las circunstancias.

3. El juez a pedido de parte, o de oficio, dictará un auto ordenando la recomposición de expediente, disponiendo que este hecho sea puesto en conocimiento del Ministerio Público y los demás sujetos procesales, conforme al siguiente trámite:

a) En el auto de recomposición de expediente, el juez ordenará a los sujetos procesales y terceros presenten copia de los documentos, actas, resoluciones y demás componentes del Expediente Judicial que conserven en su poder.

b) Las copias certificadas tendrán el valor del original y será insertado en el lugar que corresponda dentro del expediente reconstruido.

c) Los sujetos procesales deberán cumplir el mandato de entrega de copias dentro del tercer día de notificados. El incumplimiento injustificado de este, podrá ser sancionado por el juez, previo apercibimiento.

d) El juez podrá solicitar a quien tenga copia entregarla a Secretaría, sin perjuicio de obtener gratuitamente otra copia certificada.

e) Cuando sea imposible obtener copia de una actuación procesal, se dispondrá la renovación del acto, prescribiendo el modo de realizarlo.

f) La recomposición también podrá efectuarse utilizando los archivos informáticos del Ministerio Público o del Poder Judicial o de los registros de audio o audiovisuales, si los hubiera.

g) Presentadas las copias, el juez dispondrá que el Secretario o el que haga sus veces ordene las copias de manera cronológica, dando cuenta a su Despacho.

h) Cumplido el mandato, se comunicará a las partes, poniendo de manifiesto en Secretaría las copias respectivas, por el plazo de tres días, vencido el cual con el pedido de las partes para la adición de piezas, o sin ello, se procederá a expedir el auto declarando recompuesto o completo el expediente judicial, el cual es inimpugnable.

4. Si como consecuencia de la investigación se determinara al responsable, este asumirá los gastos causados, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que correspondan.

5. Si aparece el expediente, será agregado al recompuesto.

Artículo 22.- Aplicación supletoria.

Lo prescrito en el presente Título de El Reglamento serán de aplicación a los cuadernos formados por el órgano jurisdiccional durante la investigación preparatoria y etapa intermedia".

3. Acceso de las partes al expediente judicial

Una vez formado el expediente judicial, se pondrá en secretaría a disposición de las partes por el plazo de cinco días para su revisión, eventual solicitud de copias, simples o certificadas. También se permite que las partes puedan solicitar la incorporación o exclusión de pieza documental. Antes de decidir el juez, correrá traslado a las demás partes por el plazo de cinco días. Dentro de segundo día, vencido el plazo del traslado, el juez resolverá mediante auto inimpugnable.

Culminado el trámite las actuaciones que están fuera de las exigidas por el artículo 136 del NCPP para la formación del expediente judicial, serán devueltas al Ministerio Público.

La transparencia de la información para las partes contribuye a desincentivar actos de corrupción, puesto que al verse imposibilitadas de acceder a documentos útiles para la defensa, se abre la posibilidad para que se aprovechen de esta situación los malos servidores, como se da muchas veces en el sistema mixto inquisitivo, que ha formado vallas infranqueables para el acceso a la información a los litigantes o la prohibición de entregar copias.

En el NCPP se abre la información para las partes de tal forma que estas tienen la facultad en cualquier momento de solicitar copia, simple o certificada, de las actuaciones insertas en los expedientes fiscal y judicial, así como de las primeras diligencias y de las actuaciones realizadas por la policía. La solicitud deberá ser atendida por quien tiene a su cargo la causa al momento en que se interpone (art. 137).

La fiscalía, de ser necesario, está facultada para obtener de otro fiscal o del juez copia de actuaciones de otros procesos que le sirvan de sustento a su investigación. Igualmente, se podrá expedir copias o informes a autoridades públicas que hayan justificado la petición y de particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos.

4. Prohibición de publicación de la actuación procesal

Está prevista por el artículo 139 del NCPP la prohibición de que se publiquen actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la investigación preparatoria o la etapa intermedia. Se trata de una reserva absoluta. También está prohibida la publicación, incluso parcial, de las actuaciones del juicio oral cuando se producen en los supuestos de privacidad de la audiencia como, por ejemplo, delitos de abuso sexual.

Se prohíbe la publicación de las generales de ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el juez, en interés exclusivo del menor, permita la publicación.

Puede darse el caso que algún sujeto procesal infrinja las prohibiciones de publicación de actuaciones judiciales. Ante este hecho, el fiscal o el juez está facultado a imponerle una multa y ordenar, de ser posible, el cese de la publicación indebida, sin perjuicio de la responsabilidad de las partes y sus abogados conforme a lo que se dispone en los artículos 110 y 111 del Código Procesal Civil. El primero establece las sanciones a las partes y abogados que actúen de forma temeraria y de mala fe, razón por la que se les aplicará multas de comprobarse la infracción; y el segundo versa sobre la responsabilidad de los abogados.

5. Conservación del expediente fiscal o judicial

Puede darse el caso de que en el expediente fiscal o judicial se destruya o se pierda piezas procesales. La copia certificada tendrá el valor del original y será insertada en el orden respectivo en los expedientes (art. 140).

El fiscal o el juez, según el caso, incluso de oficio, ordenará, a quien tenga la copia, entregarla a la secretaría, sin perjuicio del derecho de obtener gratuitamente otra copia certificada.

La reposición de las piezas extraviadas se hará también utilizando los archivos informáticos del Ministerio Público o del Poder Judicial.

6. Recomposición de expedientes

En caso de desaparición del expediente y no haya copia de los documentos, el fiscal o el juez, luego de constatar el contenido del acto faltante, ordenará poner los hechos en conocimiento del órgano disciplinario competente, y dispondrá –de oficio o a pedido de parte– su recomposición, para lo cual recibirá las pruebas que evidencien su preexistencia y su contenido.

Si es imposible obtener copia de una actuación procesal, se dispondrá la renovación del acto, prescribiendo el modo de realizarla, y si aparece el expediente, será agregado al rehecho (art. 141 del NCPP). Este procedimiento debe considerar las reglas establecidas por la Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ.

XII. Los plazos

En la doctrina se reconoce la importancia de los plazos procesales. El plazo es una condición temporal en la producción de los actos procesales penales, midiéndose por años, meses, días y horas. Cuando no se otorga plazo, se expresa que la actuación debe practicarse inmediatamente o sin demora alguna.(375)

El plazo, según Clariá Olmedo, consiste en el lapso que emplaza el acto dentro de él o lo desplaza después de él, imperativa o no imperativamente. Se extiende, asimismo, al emplazamiento de un momento del proceso, como el fijado para la investigación instructora, y también a un tiempo de no actividad para la obtención de determinados efectos, como la falta de instancia del querellante. El término es solamente el final del plazo(376).

El CPPMI señala respecto los plazos que en cuanto al cómputo se harán conforme a la ley común.

(375) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 187.
(376) Ídem.

Los plazos determinados por horas comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción (art. 115). En los plazos determinados por días, se computará solo los hábiles, salvo que la ley o la resolución judicial indiquen expresamente otra cosa, o que se refieran a medidas de coerción, caso en el cual se computará continuadamente. Los plazos comunes comenzarán a correr a partir de la última notificación, que es cuando las partes toman conocimiento de las decisiones.

Los plazos fijados para determinada actividad son improrrogables y a su vencimiento caduca la facultad respectiva, salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración de voluntad. Pero aquel a quien esté acordada la facultad respectiva podrá cumplir válidamente el acto durante las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

Los plazos que solo tienen como fin regular la tarea de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento, serán observados rigurosamente por ellos; su inobservancia implicará mala conducta en el desempeño de sus funciones y la sanción disciplinaria procederá de oficio, previa audiencia del interesado (art. 116). En el sistema nacional hubo planteamientos de caducidad de la acción pero esto fue desestimado por la Corte Suprema, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias.

Es el órgano jurisdiccional **el ente que el plazo conforme a la naturaleza del procedimiento y a la importancia de la actividad que debe cumplirse, cuando la ley no lo establezca o cuando, al contrario, subordine la extensión del plazo a su voluntad (art. 117)**.

El CPPMI trae la posibilidad que las partes renuncien al plazo que les corresponde, debiendo aceptar expresamente la renuncia. Este es un procedimiento importante pues queda en base al consenso la disminución del plazo contribuyendo en la celeridad (art. 118). De allí que cuando el plazo sea común para varios intervinientes o para todos ellos, se necesitará el consentimiento de todos y del tribunal correspondiente, para abreviar o prescindir del plazo.

En el NCPP las actuaciones procesales se practican en el día y horas señaladas sin admitirse dilación (art. 142). Los plazos reconocidos son por días, horas y el de la distancia; además, se computan según el calendario común.

Respecto al término de la distancia, tenemos que en la Constitución en su artículo 2, inciso 24, literal f, establece que quien es detenido legalmente "debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia" y el Código Procesal Constitucional en

su artículo 25, inciso 7, señala que el hábeas corpus también protege: "El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juez que corresponda (..)".

La distancia, esto es, el aspecto territorial tiene incidencia en el plazo, por lo que se ha previsto adicionarle un término por ella, de tal forma que razonablemente se pueda cumplir un acto procesal.

1. Cómputo

Cuando son por horas, desde que se produjo el acto procesal, incluyendo las horas del día inhábil salvo disposición contraria de la ley (art. 143.1). Si son por días, que es lo usual, a partir del día siguiente hábil de conocido el mandato o de notificado con él.

Si fuesen medidas coercitivas por el grado de afectación legal de derechos fundamentales, como la libertad personal, se computará también los días inhábiles. Esto obliga a que la organización fiscal o del Poder Judicial tenga la obligación de cubrir en los días inhábiles la actividad procesal.

Si un plazo vence en día inhábil, se prorroga de pleno derecho al día siguiente hábil y los plazos comunes se computarán desde el día siguiente hábil de la última notificación.

2. Caducidad

El vencimiento del plazo en el NCPP trae como consecuencia la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la ley permita prorrogarlo.

La finalidad de los plazos es regular la actividad de fiscales y jueces, pues serán observados rigurosamente por ellos. Su inobservancia acarrea responsabilidad disciplinaria (art. 144).

3. Caducidad en la jurisprudencia suprema

La interpretación extrema de la caducidad llevó a que un juez declarara la caducidad de una acusación fiscal que había sido presentada fuera del plazo y que fue materia de discusión en la Casación N° 54-2009-La Libertad, del veinte de julio de dos mil diez, la misma que ha fijado reglas vinculantes que se examinan a continuación.

- Motivo de la casación

El recurso fue presentado por el Ministerio Público por errónea interpretación e inobservancia de norma procesal penal contra el auto de vista que revocando el auto de primera instancia declaró fundada la solicitud de caducidad de la acusación fiscal; en los seguidos contra Edilberto Sánchez Mera por delito contra la Administración Pública - violencia contra funcionario público en agravio del Estado.

- Antecedentes

La defensa del imputado Sánchez Mera solicitó la caducidad del plazo que tenía la fiscalía para formular su acusación pues al haberse dispuesto la conclusión de la investigación preparatoria, en aplicación del artículo 343 apartado 1) del Código Procesal Penal el representante del Ministerio Público tenía el plazo de quince días para formular acusación o no, en virtud del apartado 1) del artículo 344 del NCPP. La petición fue declarada infundada por el juez de la investigación preparatoria y apelada por la defensa del encausado. La Sala de Apelaciones revocó la resolución apelada y, reformándola, declaró fundada la solicitud de caducidad del plazo.

La admisión del recurso se hizo en vía excepcional del desarrollo de doctrina jurisprudencial a fin de establecer los alcances de la interpretación del artículo 144 del NCPP y por causal de errónea interpretación e indebida aplicación de normas procesales.

- Agravios expresados por la fiscalía

El agravio central se refiere al correcto entendimiento del apartado 1) del artículo 144 del NCCP, que alude a los plazos procesales que las partes deben cumplir dentro de la dinámica del proceso penal, que no estén referidos al ejercicio de las potestades que por imperio constitucional le han asignado al Poder Judicial y al Ministerio Público. Estimar que el plazo legal que tiene el fiscal para formular acusación o sobreseer la causa se encuentra sujeto a la sanción de caducidad es atentar directamente contra la acción penal y la persecución del delito. El Tribunal Superior aplicó indebidamente el apartado 3) del artículo I del Título Preliminar del NCPP, al entender que un plazo máximo es exigible a todos los sujetos procesales, entre ellos el Ministerio Público, en virtud al principio de igualdad de armas.

- Argumentos de la resolución de vista

El apartado 3) del artículo I del Título Preliminar del NCPP al estatuir el principio de igualdad de armas no establece excepción alguna, por lo que el

cumplimiento de las normas legales son para todas las partes por igual, por ello el Ministerio Público estaba obligado a observar el plazo establecido por la ley para emitir su acusación.

El artículo 344 del NCPP establece un plazo máximo para formular acusación de quince días, por lo que vencido este plazo operó la caducidad del mismo y, en consecuencia, la posibilidad de formularla, pues resulta de aplicación el artículo 144, numeral 1, referido a los plazos máximos que deben observar las partes procesales y no el numeral 2 de dicho artículo tendiente a regular la actividad de jueces y fiscales.

- Examen de los jueces supremos

El artículo 144 del NCPP establece dos supuestos distintos con consecuencias diferentes: el apartado 1) referido al vencimiento de un plazo máximo, que es sancionado con la caducidad de lo que se pudo o debió hacer; mientras que el apartado 2) que regula la actividad de jueces y fiscales, señala que el vencimiento del plazo solo acarrea responsabilidad disciplinaria.

Una interpretación literal del artículo 144 es insuficiente, ya que es necesario delimitar cuáles son aquellos actos procesales sujetos a caducidad y qué debe entenderse como actividades de jueces y fiscales que son sancionadas disciplinariamente, por lo que resulta imprescindible recurrir a algunas cuestiones previas, a fin de realizar un análisis integrador y armónico de la dicha norma.

- Cuestiones previas

La Sala Suprema recuerda la vigencia del principio acusatorio que separa los roles entre el Poder Judicial y el Ministerio Público, y sus diversas expresiones así:

> "Que una de las líneas rectoras del nuevo proceso penal, como consecuencia de la asunción específica del principio acusatorio es la separación de funciones de investigación y juzgamiento. De esta manera, constitucionalmente, la investigación penal está a cargo del Fiscal y la decisoria a cargo del juez.
>
> Que tal separación de funciones tiene su base constitucional en el artículo 159.4 de la Ley Fundamental cuando señala que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito. Con la adopción del sistema procesal acusatorio y la estructura del proceso penal común, tanto el Ministerio Público como los órganos

> jurisdiccionales deben asumir plenamente las competencias exclusivas y excluyentes que la Constitución les asigna"[377].

Para los jueces supremos, el nuevo proceso penal se caracteriza por el respeto al debido proceso y uno de los principios procesales que lo informan es el principio acusatorio. Este principio exige que no pueda existir juicio sin acusación, que debe ser formulada por un ente ajeno al órgano jurisdiccional sentenciador, y que si el fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente.

Otra de las expresiones del principio acusatorio, que concreta el objeto procesal y define los roles de los sujetos procesales al interior del proceso penal mismo, es la formulación de la acusación por parte del representante del Ministerio Público. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, del trece de noviembre de dos mil nueve, ha establecido como doctrina legal que la acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública. Mediante la acusación, la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal, esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha realizado[378].

- Respecto del principio de igualdad de armas

La Sala Superior en uno de sus fundamentos señaló que el fiscal al no haber acusado en el plazo legal, no se le podía aceptar una acusación extemporánea porque esto sería atentar contra la igualdad de las partes en el proceso penal. Los jueces supremos analizan esta argumentación para determinar si es valedera su conclusión, esto es, que se afectó el principio de igualdad de la siguiente manera:

> "OCTAVO: Que el principio de igualdad de armas, previsto en el apartado 3) del artículo 1 del Título Preliminar NCPP incide en la exigencia de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales. El principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes

(377) Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116. Quinto considerando.
(378) Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116. Séptimo considerando.

de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria (GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007, pp. 91-94).

En tal virtud, no debe invocarse su vulneración en todo acto procesal, pues existen casos en los que justificadas razones establecidas por la ley, reconocen a determinada parte procesal, como es el caso del fiscal cuando hace uso de la facultad asignada por la Constitución de ejercitar la acción penal. Tal ejercicio no puede ser interpretado como una vulneración del principio de igualdad de armas, que tiene su principal plasmación en la actividad probatoria, en la que concurrentemente se requiere de la inmediación de un órgano jurisdiccional y la vigencia directiva del principio procesal, de contradicción, que integra el contenido constitucionalmente protegido de la garantía de defensa procesal".

- Reglas jurídicas

Los jueces supremos han establecido las reglas jurídicas de esta ejecutoria suprema vinculante en el noveno y décimo considerando de este modo:

El apartado 2) del artículo 144 del NCPP cuando se refiere a la regulación de la actividad de jueces y fiscales, debe ser entendido con relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal –en caso de fiscales– como sería formular acusación y expedir resoluciones –en caso de jueces–, las cuales al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Público y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una vulneración de las citadas normas constitucionales.

Esta lectura de la caducidad nos parece acertada toda vez que vía un instituto que cancela el derecho y la acción como doctrinariamente se ha considerado, se corta arbitrariamente una función que tiene contenido constitucional. Con el razonamiento de la Sala Superior, si un juez no dicta sentencia en el tiempo de ley, que es lo recomendable, también podría caducar su facultad de decisión.

Esto no significa promover que los jueces y fiscales violen el plazo razonable, puesto que su inobservancia, si la demora fuera injustificada, necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria.

Para reforzar esta regla, los jueces supremos hacen una interpretación sistemática del propio código, y advierten que el artículo 343 del NCPP referido al control del plazo de la investigación preparatoria el cual está vinculado a la facultad constitucional asignada al Ministerio Público de investigar el delito, solo establece que acarrea responsabilidad disciplinaria del fiscal en caso se exceda en el plazo otorgado. A nadie se le ha ocurrido cancelar la potestad que tiene el Ministerio Público para poder investigar o continuar con la persecución penal.

La interpretación de los jueces supremos respecto del apartado 1) del artículo 144 del NCPP es que debe ser aplicable a todos aquellos plazos establecidos en la ley que no se encuentran comprendidos en la excepción antes detallada, como son los plazos para impugnar, para ofrecer pruebas, para interponer excepciones; todos los cuales se dan dentro de la propia dinámica del proceso penal.

Los jueces supremos en el décimo considerando señalan que si bien la ley establece un plazo para la formulación de la acusación (quince días, según lo dispuesto en el artículo 344.1 del NCPP); el requerimiento fiscal, acusatorio o no acusatorio, sin embargo, tiene lugar no como el ejercicio de una facultad discrecional del Ministerio Público sino como la ejecución de una obligación indispensable o necesaria para la continuación del proceso, sea para definir la clausura de la causa a través del sobreseimiento o para abrir la etapa principal de enjuiciamiento.

Conciben a la caducidad como una sanción procesal, y según doctrina consolidada, consiste en la pérdida o privación de una facultad por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. Se funda en el comportamiento procesal del sujeto y su efecto es la preclusión, en cuya virtud aquel pierde la facultad procesal de que se trate y no puede ya ejercitarla. La caducidad consumada impide la realización del acto[379].

Los jueces supremos precisan la regla que el requerimiento fiscal –acusatorio o no acusatorio– es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, por su carácter de acto necesario para el proceso, solo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144.2 del NCPP; tienen que ser cumplidos aunque se hubiese producido su término final.

(379) Citan a FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch, Barcelona, 1934, pp. 133-134.

4. Caducidad y principio de legalidad

El carácter expreso o la exigencia de una específica autorización legal para imponer una sanción procesal, tal como ha sido establecido por el artículo VII, apartado 3), del NCPP, a la que se une su interpretación restrictiva, impide deducir del ordenamiento un supuesto de caducidad y consiguiente preclusión. La norma establecida en el artículo 144 del NCPP, en el caso de la actividad del fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Tal situación, importaría crear pretorianamente un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344.2 del NCPP e instituir una causal de cese de la acción penal fuera de los casos establecidos por la ley, vulnerándose así los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Consideramos que los jueces supremos han decidido razonablemente, toda vez que si bien existe una exigencia de cumplimiento de plazos para todos, esta no puede ser una justificación suficiente para recortar vía caducidad, una de las facultades principalísimas del Ministerio Público como es la de postular una acusación.

Podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. La sanción de caducidad no puede aplicarse por el hecho de que el Ministerio Público no presentó la acusación dentro del plazo de quince días.

2. La facultad de acusar es una potestad del Ministerio Público que tiene carácter constitucional, por lo que cancelar por vencimiento del plazo esa acción con la caducidad es violar preceptos constitucionales.

3. En el caso que el fiscal no formule acusación dentro del plazo legal, está sujeto a sanciones de carácter disciplinario.

5. Reposición del plazo

También el CPPMI trae la posibilidad que se reponga en plazo (art. 119) **a favor de quien** sin su culpa por defecto en la notificación, por fuerza mayor que no le sea imputable o por un acontecimiento fortuito insuperable, se haya visto impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad prevista en su favor. Con la reposición el afectado podrá contar con el plazo íntegramente con el fin de realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por la ley, a su pedido. La instancia de reposición de plazo es el tribunal ante el cual aquel hubiera debido observarse, inmediatamente después de desaparecido el

impedimento o de conocido el acontecimiento que da nacimiento al plazo, y para presentar la petición, esta deberá contener: Indicación concreta del motivo que imposibilitó l observación del plazo, su justificación y la mención de todos los elementos de prueba de los cuales se vale para comprobarlo y actividad omitida y la expresión de voluntad de llevarla a cabo. La reposición de plazo ha sido acogida en el NCPP.

Los factores de fuerza mayor o de caso fortuito, o por defecto en la notificación que no le sea imputable, permite a la parte afectada a solicitar, si el plazo se ha vencido, una reposición del plazo y si lo obtiene podrá realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por la ley como una apelación (art. 145).

La solicitud de reposición del plazo deberá presentarse por escrito en el plazo de veinticuatro horas luego de desaparecido el impedimento o de conocido el acontecimiento que da nacimiento al plazo debiendo contener lo siguiente:

13. La indicación concreta del motivo que imposibilitó la observación del plazo, su justificación y la mención de todos los elementos de convicción de los cuales se vale para comprobarlo; y,

14. La actividad omitida y la expresión de voluntad de llevarla a cabo.

No todos los plazos pueden haber sido señalados por el legislador. Frente a este vacío, si no es posible la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, se tiene que por regla de subsidiariedad, el fiscal o el juez podrán fijar plazos (art. 146). Esta regla no es deseable, pues bajo qué criterios un fiscal va a fijar los plazos, pudiéndose llegar a la arbitrariedad por lo que es de instar que ante un vacío se hagan las precisiones legales vía el Legislativo.

El NCPP les reconoce actos de disposición de plazos a los sujetos procesales para renunciar total o parcialmente, debiendo manifestar su consentimiento de forma expresa.

Si el plazo fuese común se requería, aparte del consentimiento de los sujetos procesales, la aprobación del juez (art. 147).

Esta regla, de alguna manera, abona en la celeridad procesal de tal forma que adecuadamente empleada puede satisfacer dicha finalidad.

6. Término de la distancia

Se computa teniendo en cuenta la sede geográfica y el medio de locomoción utilizable y disponible para el caso concreto.

En el Poder Judicial existe el Cuadro General de Términos de la Distancia, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre de 2000, donde se establece el término de la distancia(380). En esta resolución se fija como regla que a los términos de la tabla se anteponen el legal correspondiente para establecer el plazo total, conforme al artículo 151 del Código Procesal Civil concordante con el artículo 156 y siguientes de la Ley Orgánica del PJ.

(380) Véase: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cepj/documentos/RA_1325-CME-PJ.pdf>. [Fecha de consulta 12 de mayo de 2014].

Capítulo III
La nulidad

El proceso de implementación del Nuevo Modelo Procesal Penal expresado en el Código Procesal Penal del 2004 ha originado una serie de interpretaciones de las instituciones que lo conforman y, en la medida que su aplicación tiene incidencia en derechos fundamentales de los sujetos procesales, el debate está a la orden del día en la judicatura y en Ministerio Público. De allí nuestro interés por contribuir en la discusión jurídica.

Nuestro objeto de estudio es la nulidad y sus modalidades en el NCPP, y en este trabajo realizaremos interpretaciones de las normas respectivas, apoyándose desde varios ángulos normativos procesales para poder entender mejor la institución. Además, emplearemos la casuística para determinar cómo se ha desenvuelto hasta ahora la nulidad y su declaración judicial.

Una materia para poder entender la nulidad son las reglas del aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940 que han sido estructuradas en el artículo 298. Sin embargo, esta norma antigua no ha cubierto una serie de vacíos en el tratamiento de las nulidades, por lo que con la aparición en 1993 del Código Procesal Civil y su aplicación supletoria ha sido de gran utilidad, y lo sigue siendo hasta la actualidad. En este apartado también haremos referencia de este cuerpo normativo procesal civil para darnos más luces en el estudio de la nulidad.

La doctrina también cumple un rol principalísimo porque es desde allí que se ha nutrido las normas procesales del derecho comparado que han sido adoptadas por nuestro sistema jurídico, amén de la jurisprudencia que también brinda un enfoque práctico porque allí ya no hay apreciación académica sino la expresión concreta, real, esencial de la norma procesal.

I. Problematización

La nulidad como vicio procesal y sus correcciones nos lleva a un escenario sustancial porque tiene incidencia en la igualdad de las partes ante la ley que es una garantía dentro del proceso. Un proceso plagado de nulidades afecta los

derechos de quien ingresa en un proceso penal buscando reglas claras y que el juez se rija bajo la garantía del principio de imparcialidad. Un generador del acto procesal es el juez y el dictado de un acto viciado pone en tela de juicio su imparcialidad, o por lo menos es un indicio. Los yerros pueden ser manifiestos de tal forma que las partes pueden solicitar su renovación, esto es, que se haga nuevamente el acto procesal, cuando son nulidades absolutas; sin embargo, hay actos que teniendo vicios en sí advierte que han logrado la finalidad, por ejemplo, cuando el justiciable conoce de la información o resolución por una notificación defectuosa o una lectura de expediente y puede advertir que hay actos que no los ha conocido pero puede dar una respuesta inmediata si es que lo afecta. Otro elemento a ser tomado en cuenta es cuando el propio justiciable es el provocador o inductor a error del juez y busca que le sea reparado el vicio cuando él es responsable de haberlo generado. También se tiene del litigante que no solicita la nulidad en el primer momento que tomó conocimiento, y sí es nulidad relativa, pues lo convalida por su propia desidia, no perturbando el curso del proceso.

Por otro lado, hay que tener en cuenta cuáles son los efectos de la declaración de nulidad de lo actuado, pues el juez debe saber distinguir si la declaración de ineficacia se aplica solo al acto viciado y a los dependientes de este, o permite conservar otros que no tienen vínculo o conexión con el acto viciado. Esto debe saber diferenciar no solo el juez sino la propia defensa, que a veces por un defecto subsanable busca aprovecharlo solicitando que se declare nulo todo a efectos de eliminar actos que son desfavorables a su estrategia, pero que no tienen relación con el acto viciado. Son estos los problemas que pretenden ser dilucidados en este apartado.

II. Actos procesales

Para poder comprender la esencia de la nulidad hay que establecer lo que es objeto de la misma: los actos procesales. El procesalista Alcalá Zamora y Castillo dice que "por actos procesales deben entenderse las manifestaciones de voluntad o las exteriorizaciones de conducta relativas al desenvolvimiento del proceso, sea cual fuere el sujeto en él interviniente de que provengan".(381) Los actos procesales lo realizan las partes o sujetos procesales porque son los únicos que pueden exteriorizar una voluntad.

(381) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo I, p. 101.

Clariá Olmedo dice sobre los actos procesales penales, que hay que conceptualizarlos como las expresiones volitivas e intelectuales de los sujetos del proceso penal o cumplidas por terceros ante el tribunal, cuya finalidad es la de producir directamente el inicio, desenvolvimiento, paralización o terminación del proceso penal conforme a lo prescripto por la ley procesal penal(382). Siempre está presente la voluntad de un sujeto procesal, pues sin ella no existiría el acto procesal.

Roxin dice que son aquellas manifestaciones que desencadenan voluntariamente una consecuencia jurídica en el proceso que, por consiguiente, han de seguir impulsando el proceso conforme a la voluntad manifestada, y pone como ejemplos instancia de persecución penal, acusación, orden de detención, ordenación del debate, sentencia, interposición de recurso(383). No hay acto procesal que no tenga una consecuencia, es decir, el efecto jurídico buscado por la parte procesal.

Para Fairén Guillén los actos procesales son hechos humanos realizados dentro del proceso" con el destino que se verá; son "hechos procesales" "acciones o inacciones" humanas sucedidas fuera del proceso, que repercuten en su interior; así, comenzando por la muerte del individuo, que determina, o bien el final automático del proceso penal, si ese individuo era la parte acusada o bien su sustitución" si el proceso no era penal, y siguiendo por otras acciones o inacciones sucedidas fuera del proceso, por voluntad de otras personas (guerra, rebelión, fuerza mayor acaecida, voluntariamente por otras gentes) o bien con independencia de cualquier voluntad humana (cataclismo natural, epidemia); todo ello, encuentra, naturalmente, caja de resonancia en los procesos y en sus consecuencias(384). El acto procesal es un acto humano o hecho, como dice Fairén, que tiene repercusiones jurídicas dentro del proceso.

Chiovenda dice que se llaman actos jurídicos procesales los que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal, o sea, los actos que tienen por consecuencia inmediata la constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición de una relación procesal. Pueden proceder de cualquiera de los sujetos de la relación procesal, esto es: a) actos de parte, b) actos de los órganos jurisdiccionales(385). Los actos procesales que son unilaterales en

(382) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, pp. 182-183.
(383) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. P. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ob. cit., p. 173.
(384) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 333.
(385) CHIOVENDA, José. Ob. cit., Tomo II, p. 230.

su origen tienen efectos en una relación jurídica procesal, por ejemplo, entre imputado y agraviado o el fiscal.

Lino Enrique Palacio dice a su vez que son actos procesales los hechos voluntarios que tienen por efecto directo e inmediato la constitución, el desenvolvimiento o la extinción del proceso, sea que procedan de las partes (o peticionarios) o de sus auxiliares, del órgano judicial (o arbitral) o de sus auxiliares, o de terceros vinculados a aquel con motivo de una designación, citación o requerimiento destinados al cumplimiento de una función determinada.(386) No solo las partes sustanciales en el proceso penal generan actos procesales sino los que sirven al órgano judicial, por ejemplo, el fedateo de copias por el secretario judicial.

Los actos procesales son hechos, y a veces también omisiones, que influyen en la relación procesal. Esta última puede ser dividida o descompuesta en los distintos actos que la constituyen, no obstante, la vinculación y a veces relación de causa a efecto que existe entre ellos(387).

En el Código Procesal Civil, en el artículo 129, se reconoce que los actos procesales de las partes tienen por objeto la constitución, modificación o extinción de derechos y cargas procesales.

Para Clariá Olmedo lo sustancial del acto es esa expresión de voluntad o de conocimiento en qué consiste. Por la expresión se exterioriza el querer y el conocer, manifestaciones de la psique conjugadas en la actuación: obrar. Pero la voluntad exteriorizada no se equipara a la del Derecho Privado, por cuanto esta tiene escasa vigencia en materia procesal penal. Es simplemente la dirigida a la eficacia procesal del acto. De aquí la escasez de ejemplos de los llamados negocios jurídicos procesales en lo penal, en cuanto se estime que estos se dan cuando se dispone del contenido sustancial o del formal del proceso penal(388).

1. Elementos del acto procesal

El acto procesal penal posee un elemento interno y otro externo: contenido y forma. La formalidad tiene mayor trascendencia en la regulación procesal, pero no debe descuidarse el elemento interno, a lo menos en sus proyecciones

(386) ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 297.
(387) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo I, p. 100.
(388) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 183.

más significativas. En su análisis debe hacerse abstracción de consideraciones privatistas, manteniéndose en la órbita del Derecho Procesal Penal y conforme a los fines del proceso(389). Un elemento es la dirección final de la voluntad del sujeto procesal.

Tres son los elementos del acto procesal: los sujetos, el objeto y la actividad que involucra. Este último elemento se descompone, a su vez, en tres dimensiones: de lugar, de tiempo y de forma(390).

Roxin señala que los presupuestos de validez del acto procesal son:

Capacidad procesal. Esto va centrado en la capacidad legal el sujeto procesal. En el caso del imputado considera que este tiene esa facultad en su totalidad frente al proceso, pero también lo tiene cuando se trata de actos más específicos. Se dice que, por ejemplo, el desistimiento de un recurso impugnatorio de un sentenciado impresionado psíquicamente por la condena puede ser declarado ineficaz por perturbación del agente.

Requisitos del acto procesal como declaración de voluntad. La declaración debe poseer un sentido fácil de reconocer y en todo caso en vía de interpretación se debe basar en su literalidad y en el sentido reconociblemente aludido(391).

Puede haber vicio de la voluntad en el acto procesal, y según opinión dominante un error no afecta la validez porque las declaraciones del procedimiento deben ser impugnables; sin embargo, si no se ha aclarado –por ejemplo– un error perceptible del acusado, la declaración puede ser nula a causa de la lesión de un deber de asistencia. Un ejemplo podemos darlo cuando se le hace la pregunta si acepta los cargos para concluir anticipadamente la causa y el acusado contesta afirmativamente. Esa aceptación debe ser examinada por el tribunal para establecer si la respuesta no está viciada con el error. Muchas veces esto tiene que ver con la ignorancia legal no solo del acusado a quien no se le debe exigir conocimientos, pero sí por la negligencia de su defensa técnica en no prepararlo.

(389) Ídem.
(390) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 297.
(391) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. P. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ob. cit., p. 174.

Fairén le da alta relevancia a la voluntad y dice que es el primero y fundamental, por hallarse en la cúspide de las categorías humanas, jurídicas y metajurídicas, es el de la "voluntad" en dichos actos procesales(392).

Esta voluntad también es distorsionada cuando el originario de un acto procesal es sometido a coacción o amenaza. Por ejemplo, el uso de la tortura que vicia definitivamente una "confesión" y que está en la línea de prueba prohibida.

III. Presupuestos procesales

Se ha formulado en la doctrina unos requisitos formales que deben cumplirse para la realización válida de actos procesales y son los denominados presupuestos procesales. Sobre estos, Fairén Guillén dice que estos son los necesarios que deben concurrir en cada proceso, a través de su concurrencia en cada acto procesal, para que este pueda terminar con una resolución que ponga fin al litigio de fondo.(393) En la línea de considerarlo una forma si es que surgiera un defecto el juez debe detenerse a subsanarlo obligatoriamente pues mientras ello no ocurra, no puede entrar a examinar y resolver sobre el litigio de fondo.

Dentro una concepción amplia, los presupuestos procesales se refieren a la forma del proceso, esto es, al procedimiento: su desarrollo, tiempo, lugar, condiciones personales de quienes los dirigen y ejecutan, condiciones reales de cada acto procesal, que hagan posible su "admisibilidad". Por ello se hace una diferencia entre la admisibilidad de la pretensión como concurrencia de requisitos concretos, que hacen posible el desarrollo del proceso y la "fundabilidad" de la misma, o sea, que sea apropiada para conseguir su fin al final del proceso(394). Los presupuestos procesales van a ser evaluados en el ámbito de la admisión, esto es, desde el lado formal.

Cuando se hace referencia a la exigencia de los presupuestos procesales, con respecto al juez o tribunal, está vinculado a que estos tengan competencia, esto es idoneidad legal para poder tomar decisiones frente al litigio puesto bajo su conocimiento. Con relación a las partes, que tengan capacidad procesal para ser tales. Si su comparecencia en juicio se produce por delegación deben cumplir las formalidades, por ejemplo, cuando comparezcan por medio de procurador de tal manera que las actuaciones procesales se produzcan según la forma que prevén las leyes.

(392) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 335.
(393) Ibídem, p, 339.
(394) Ídem.

En el ámbito penal los presupuestos procesales son considerados por Fairén como presupuestos de perseguibilidad(395). Estos pueden manifestarse en la jurisdicción y competencias penales; en la capacidad para delinquir; en la falta de obstáculos a la vía penal como la inexistencia de una cuestión previa, la falta de litispendencia, esto es, la prohibición de doble procesamiento y también la cosa juzgada.

IV. Clases de actos procesales

1. Por sujetos procesales

Desde el punto de vista del sujeto del acto, se distinguen los que emanan del tribunal, de las partes o de terceros. Los primeros pueden ser del juez o de sus colaboradores (incluso la policía); del instructor, del Tribunal de Juicio. Los segundos emanan de los otros sujetos procesales y de sus colaboradores; son actos del acusador, del imputado, de las partes civiles, del defensor, del mandatario; de las personas que pueden o deben intervenir en el proceso sin vinculación jerárquica con el tribunal y sin actuar como parte como de órganos de prueba, de fiadores, de firmantes a ruego(396).

Roxin propone una clasificación, según el sujeto, en judiciales o no judiciales; conforme al contenido, en requerimientos y decisiones. Un acto puede ser simultáneamente decisión o requerimiento. Así, la acusación es a la vez una decisión de la fiscalía y un requerimiento al tribunal de apertura del procedimiento principal(397).

Acota que la doctrina dominante considera a actos procesales a todos los actos de los sujetos procesales relevantes para el Derecho Procesal incluidos los actos de ejecución y que según la tesis de Goldschmidt pueden ser también:

Actos provocativos, que son los que están dirigidos a la obtención de otro acto procesal, sobre todo de una decisión judicial, por lo tanto, tiene por objeto la configuración del procedimiento a través del ejercicio de influencia sobre otro sujeto procesal. Como subgrupo, se diferencia entre requerimientos y declaraciones.

(395) Ibídem, p. 340.
(396) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 185.
(397) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 173.

Actos ejecutivos, que configuran el proceso directamente por sí mismos por ejemplo renuncia a recursos, aportación de medios de prueba, prestación de fianza. Debido a la falta de características comunes positivas, ellos solo pueden ser delimitados negativamente, no deben obtener el acto procesal de otro interviniente en el proceso(398).

Siguiendo a Alcalá-Zamora Castillo, es posible reducir a dos clases de actos procesales: por razón de su sujeto, y por razón de su objeto. En la doctrina la clasificación por sujetos ha sido criticada por insuficiente, ya que hay actos que son subjetivamente complejos; puesto que actúan varias personas, funcionarios o particulares y que incluso su intervención procesal es relativa puestos que está determinado a partir de cada ordenamiento procesal(399).

Clariá Olmedo plantea una clasificación dependiendo del **contenido** estableciendo que los actos procesales penales se distinguen en meramente ejecutivos y en expresiones conceptuales(400). Los ejecutivos pueden consistir en órdenes, transmisiones, declaraciones, afirmaciones, peticiones, aportes de prueba y manifestaciones en sentido estricto.

En cuanto a su expresión, el acto procesal penal puede ser **simple** cuando resulta integrado totalmente con una expresión de órgano único: resolución, escrito de parte; y puede ser **complejo** objetiva o subjetivamente, según que contenga necesariamente más de una expresión separable por el distinto fin perseguido, o que deban emanar de dos o más personas del proceso. La reconstrucción del hecho es uno de los actos que por lo general se presentan como doblemente complejos, toda vez que se puede generar efectos jurídicos como resultantes de la suma de actos de las partes intervinientes.

Por su **ubicación,** los actos procesales, de acuerdo a la etapa procesal en la que se generan, pueden ser actos de instrucción, de elevaciones a juicio, actos preliminares del juicio, del debate, decisorias, impugnativas, ejecutivos e incidentales(401).

La distinción más importante propuesta por Clariá es la que se funda en el **destino específico** del acto cumplido en el proceso penal, referido a lo que se persigue de manera inmediata con la producción del acto. Las divisiones más amplias se orientan, en primer término, por los poderes sustanciales, y a

(398) Ibídem, p. 173.
(399) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 334.
(400) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 185.
(401) Ídem.

la par, entran en juego la obtención de otros fines fundamentales como los de asegurar el resultado del proceso, el contralor de las decisiones y que en esta línea se hable de actos de decisión, persecutorios y de defensa, y de actos de prueba, de coerción y de impugnación(402).

En el esquema de actos por sujetos procesales advertimos que estos pueden realizar los siguientes:

Actos de postulación que son los que pretenden obtener una resolución judicial y se expresan en peticiones o requerimientos, afirmaciones o alegaciones y las producciones de prueba.

Actos procesales de disposición implica el ejercicio de determinados derechos que tiene efecto en una causa penal, por ejemplo, la aceptación de cargos por el acusado.

2. Actos del juez

Siguiendo a Fairén Guillén, este señala que los jueces pueden realizar los siguientes:

- **Actos de ordenación**. Son la contribución que según la ley del *civil law* corresponde al juez en la formación progresiva del procedimiento, como forma exterior del proceso.

- **Actos de impulso**. Corresponde a los jueces y tribunales el "impulso procesal", esto es, el ordenar que el procedimiento avance por su cauce legal, abriendo plazos, cerrándolos cuando precluyan, abriendo otros nuevos diferentes.

- **Actos de resolución.** Es la manera normal del juez o tribunal, de contribuir a la formación y resolución del procedimiento como forma exterior del proceso. Se puede clasificar a las resoluciones judiciales en dos grandes grupos: el que comprenda las de ordenación e impulso del proceso y las de finalización del mismo. Según este criterio, es frecuente que los ordenamientos procesales fijen tres clases de resoluciones; las llamadas en España, providencias, autos y sentencias.(403) En el proceso penal peruano son los decretos autos y sentencias como se describe en el artículo 123.1 del NCPP.

(402) Ídem.
(403) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 356.

V. Formas procesales

El procesalista Hugo Alsina señala que la nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para la misma y, por consiguiente, una exposición de la teoría de las nulidades por una cuestión de lógica debe ser precedida de la determinación del concepto y la función de las formas del proceso que si bien coinciden en líneas generales con las del Derecho Civil difieren en no pocos aspectos(404). La forma del acto es el modo de expresión de la voluntad o lo que se conoce el elemento objetivo del acto siendo sus formas (*ad solemnitatem*) condición para su existencia y otros como condición para su constatación (*ad probationem*). Las formas procesales no pueden ser dejadas al arbitrio de las partes sino el proceso sería un enredo de actos sin norte definido. En esta línea, Levene señala que el desarrollo del proceso requiere el cumplimiento de formalidades. Su orden es conservado por las formas procesales(405), cuyo fundamento señaló Montesquieu, y que corresponde fijar al legislador, según unos, y al juez, según otros. Los que piensan lo primero quieren evitar la arbitrariedad y los que opinan lo segundo buscan flexibilizar el procedimiento.

Hugo Rocco hace referencia al principio del **formalismo que** exige que la forma de todo acto procesal esté determinada a priori y que por esa razón como regla general, se excluya el arbitrio de los sujetos procesales, tanto en la elección del **orden** en que los actos procesales deben sucederse (principio del **orden formal** en los juicios) cuanto por lo que respecta al tiempo en que deben realizarse, y a los **medios** que deben ser usados, para la manifestación del pensamiento y de la voluntad de los sujetos particulares, y también en lo referente al **objeto** en torno al cual dicho pensamiento y tal voluntad deben pronunciarse(406).

Para Levene, la actividad de las partes y de los órganos jurisdiccionales debe someterse a determinadas condiciones de lugar, tiempo y modo de expresión, todo lo cual constituye las formas procesales, que favorecen el orden y la certidumbre del proceso, conforme al concepto de Chiovenda(407).

(404) ALSINA Hugo. *Las nulidades en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1958, p. 9.
(405) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo I, p. 99.
(406) ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil. La Interpretación de las leyes procesales*. Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal, México, 2002, pp. 336-337.
(407) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 99.

Para Chiovenda las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante las cuales el pleito procede desde el principio hacia la definición, y el conjunto de las cuales se llama procedimiento debe amoldarse a determinadas condiciones de lugar, de tiempo, de medios de expresión; estas condiciones se llaman formas procesales en sentido estricto. En un sentido más amplio y menos propio, se llaman formas las mismas actividades necesarias en el proceso, en cuanto que, estando dirigidas a la actuación de un derecho sustancial, tienen carácter de forma respecto de la substancia(408).

Forma, dice Fairén en sentido amplio, es el procedimiento. Y las faltas de los actos procesales, pueden producir, bien su simple irregularidad, que no darán lugar sino a su subsanación y, en todo caso, a la imposición de una corrección disciplinaria y la "nulidad", en diversos grados(409). Aunque considero que en la irregularidad no hay efectos jurídicos perjudiciales mientras que en la nulidad relativa sí lo hay.

Las formalidades pueden ser sustanciales y accidentales o secundarias. Las primeras son las imprescindibles para que exista y se desarrolle una relación jurídica procesal como, por ejemplo, funciones de acusar, de defensa y de decisión. El incumplimiento de las mismas trae aparejado, en principio, la nulidad del acto, lo que no ocurre con las formas secundarias que son las establecidas por la ley como garantía de imparcialidad y de justicia, pero cuya observancia queda librada al criterio del juez y al celo o interés de las partes.

Roxin denomina a estos requisitos de validez del acto procesal, presupuestos formales, aludiendo en principio a que las declaraciones deben ser realizadas en el idioma del tribunal(410). Asimismo, la existencia de determinadas formas verbales como el juramento, y formas de expresión como la oralidad o la escritura. Por ejemplo, en juicio oral en el Código de Procedimientos Penales de 1940 se exige que toda petición se haga oralmente; si no, no se toma en cuenta su presentación solo por escrito. En cuanto a la forma escritural, se exige, por ejemplo, como una condición la firma del documento a fin de establecer autoría y autenticidad.

La formalidad es la manifestación externa del acto, sin forma el acto no existe, pero esa configuración formal debe respetar ciertos requisitos. Todo acto se va a manifestar en una forma pero lo que interesa es que si esa manifestación va a tener eficacia jurídica.

(408) CHIOVENDA, José. Ob. cit., pp. 109-110.
(409) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 347.
(410) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 176.

VI. Nulidad procesal

La nulidad, según Clariá Olmedo, ocupa el lugar más destacado entre las sanciones procesales penales y consiste en la invalidación de los actos cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización. Imponer la sanción es declarar la nulidad del acto eliminando los efectos producidos; se lo extirpa del proceso con todas sus ramificaciones perjudiciales(411). Esta perspectiva de las nulidades es a partir de la sanción que implica una declaración judicial que deje sin efectos jurídicos el acto viciado.

Chiovenda considera que las nulidades no son penalidades sino únicamente la consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinados efectos(412). Esta es una perspectiva distinta, ya que la nulidad es el resultado causal del incumplimiento de las formas procesales.

Para Lino Enrique Palacio, la nulidad procesal es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin al que se hallen destinados(413). Estos elementos esenciales los podemos equiparar con los del acto jurídico material como la capacidad del agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita.

Lino Enrique refiere que son tres los presupuestos a que se halla condicionada la declaración de nulidad: 1) Existencia de un vicio en alguno de los elementos del acto procesal; 2) demostración de interés jurídico en la invalidación del acto, y de que la nulidad no es imputable a quien pide su declaración; 3) falta de convalidación del acto viciado(414). El vicio puede estar centrado solo en uno de los elementos del acto procesal, por ejemplo, en la capacidad del imputado.

Chiovenda distingue, además, la nulidad propia de un acto de la nulidad derivada, que consiste en ser el acto dependiente de un acto nulo. Los actos anteriores al acto nulo no están nunca afectados por la nulidad de este.(415) Los actos viciados y su nulidad surgen efectos en adelante con relación a los actos dependientes.

(411) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 229.
(412) CHIOVENDA, José. Ob. cit., p. 113.
(413) PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 331.
(414) Ibidem, p, 333.
(415) CHIOVENDA, José. Ob. cit., p. 114.

Florián distingue las nulidades en sustanciales y formales. Las primeras consisten en la violación de normas de Derecho Penal y las segundas en la violación de normas de Derecho Procesal Penal(416). Los vicios de naturaleza procesal son los que interesan y son el objeto de estudio del Derecho Procesal Penal.

En la jurisprudencia suprema, la casación Nº 1440-2002(417), Moquegua, se dice que la nulidad es "… aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de los elementos constitutivos, o en vicios existentes que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido".(418) La nulidad es intrínseca al acto procesal cuando hay vicios en uno de sus elementos constitutivos.

VII. Principios de la nulidad procesal

En la Casación 1964-03(419), Lima, del diecinueve de abril del dos mil cuatro se establecen los principios para sancionar un acto procesal con nulidad:

> "(…) en materia de nulidad procesal debe tenerse en cuenta, A) Los principios que sancionan las nulidades procesales como: a) el principio de legalidad o especificidad, en virtud del cual la nulidad solo se declara cuando la ley expresamente o implícitamente la establece; b) el de finalidad incumplida, según el cual la nulidad debe declararse y sancionarse si, no obstante que no exista norma legal expresa, el acto procesal no ha cumplido su finalidad por carecer de uno de los requisitos esenciales; principios reconocidos en el artículo ciento setenta y uno del citado Código Procesal. B) Por otro lado, los principios que excluyen o morigeran las nulidades como: b.1) el principio de trascendencia, según el cual solo debe declararse y sancionarse la nulidad cuando se haya causado perjuicio a una de las partes o al tercero legitimado; b.2) el principio de conservación a tenor del cual no debe declararse la nulidad en caso de duda sobre los defectos o vicios que se alegan, salvo que se haya afectado el derecho de defensa de una de las partes; C) principio de convalidación, la misma que

(416) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 137.
(417) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31-01-2003.
(418) Tendencias Jurisprudenciales. Nulidad de los actos procesales. Diálogo con la Jurisprudencia 119. Gaceta Jurídica. Agosto 2008, p. 199.
(419) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.

> puede ser tácita o expresa, en virtud del cual no es procedente declararse la nulidad si se ha convalidado el acto procesal que se pretende nulificar, entendiéndose que la convalidación puede operar de varios modos (por subsanación, por integración de resolución, de pleno derecho, etc.); y D) principio de protección, que impone la no sanción de nulidad si la parte o tercero legitimado nulidicente ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio. En este orden de ideas el propio Código Procesal Civil en el artículo trescientos noventa y siete dispone que la sala no casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivada, si su parte resolutiva se ajusta a derecho, sin embargo, debe hacer la correspondiente rectificación".

1. Principio de taxatividad, legalidad o especificidad

La nulidad solo se sanciona cuando la ley expresamente o implícitamente la establece. La ley puede señalar expresamente que acto procesal viciado se sanciona con nulidad; sin embargo, también se reconoce que existe una nulidad tácita que sin estar prevista en la ley debe aplicarse si se ha incumplido con algún requisito del acto procesal y condicionada a que no con cumpla con su finalidad.

2. Trascendencia

Por esta regla debe evaluarse si el acto procesal viciado de nulidad ha causado un perjuicio real a una de las partes; si no hay agravio, no tiene sentido declarar la nulidad.

3. Finalidad incumplida

El acto procesal busca un fin, y por este principio la nulidad debe declararse y sancionarse si, no obstante que no exista norma legal expresa, el acto procesal no ha cumplido su finalidad por carecer de uno de los requisitos esenciales.

4. Conservación

No procede declarar la nulidad en caso de duda sobre los defectos o vicios que se alegan. La idea es conservar el acto procesal si no se tiene claro que tenga un vicio.

5. Convalidación

Es la ratificación de un acto procesal con vicios y esta puede ser tácita o expresa. Por esta regla, no es procedente declararse la nulidad si se ha ratificado el acto procesal que se pretende nulificar, esta opera por subsanación, por integración de resolución, por conocimiento del vicio y no impugnarlo inmediatamente.

6. Protección

No hay sanción si la parte o tercero legitimado nulidicente ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio. Quien solicita la nulidad no puede ser quien haya dado lugar al acto nulo, incluso con su torpeza.

VIII. Tratamiento en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica

El CPPMI establece en grado de principio que no se pueden fundar decisiones basado en actos procesales con inobservancia de las formas y condiciones en la siguiente declaración:

> "**225. Principio**. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, salvo que el defecto haya sido subsanado o no se hubiera protestado oportunamente por él.
>
> El Ministerio Público y los intervinientes solo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen gravamen, con fundamento en el defecto, en los casos y formas previstos por este Código, siempre que el interesado no hay contribuido a provocar el defecto. Se procederá del mismo modo cuando el defecto consista en la omisión de un acto que la ley prevé.
>
> El imputado podrá impugnar, aunque hubiere contribuido a provocar el defecto, en los casos previstos por el artículo 227".

El afectado con un acto procesal viciado puede solicitar que se subsane o presentar una protesta que sería una especie de nulidad del acto.

> "**226. Protesta**. Salvo en los casos del artículo siguiente, el interesado deberá reclamar la subsanación del defecto o protestar por él,

> mientras se cumple el acto o inmediatamente después de cumplido, cuando haya estado presente en él, y antes de dictarse la decisión impugnada, cuando no hubiere estado presente.
>
> Si, por las circunstancias del caso, fue imposible advertir oportunamente el defecto, el interesado deberá reclamar inmediatamente después de conocerlo.
>
> El reclamo de subsanación deberá describir el defecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución que corresponda".

La presentación del reclamo está obligada a contener cuál es el vicio incurrido, y además debe proponer una solución para la renovación del acto. En caso de defectos de nulidad absoluta la intervención podrá ser de oficio.

> "**227. Defectos absolutos**. No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun de oficio, los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en inobservancia de derechos y garantías previstos por la ley fundamental y por los tratados suscriptos por el Estado".

La corrección del acto viciado puede ser renovándolo o rectificándolo si es posible hacerlo.

> "**228. Renovación o rectificación**. Los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado.
>
> Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido no se podrá retrotraer el procedimiento a periodos ya precluidos, salvo los casos del artículo 353 y del artículo 273, inciso 1".

La renovación del acto procesal solo debe involucrar aquellos que tengan una conexión necesaria, rechazando los pedidos que a veces hacen las defensas de que se declare nulo todo lo actuado.

En el sistema procesal chileno, se regulan las nulidades procesales señalando que solo proceden aquellas que ocasionen un perjuicio irreparable, en cuantos actos procesales defectuosos:

> "Artículo 159. Procedencia de las nulidades procesales. Solo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio

> reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento".

Se fija una presunción de derecho si el acto procesal defectuoso ha impedido que el imputado o una de las partes hayan ejercitado derechos constitucionales como el de defensa.

> "Artículo 160. Presunción de derecho del perjuicio.
>
> Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República".

La nulidad se deberá presentar (art. 161) en forma fundada y por escrito, incidentalmente, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiguiere, a menos que el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia, pues en tal caso deberá impetrarse verbalmente antes del término de la misma audiencia. La inmediatez en la presentación de petición de nulidad es una característica común en este medio de defensa técnico. El artículo 161 señala además que no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisible. El legitimado para presentar la declaración de nulidad (art. 162) es el interviniente que en el procedimiento ha sido perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo. La petición de parte puede ser obviada de oficio su es que el tribunal estima que se ha producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere saneado aún. Se correrá traslado del interviniente en el procedimiento a quien se considera que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin de que proceda como creyere conveniente a sus derechos, a menos de que se tratare de una nulidad de las previstas en el artículo 160, caso en el cual podrá declararla de oficio, es decir nulidades absolutas que son insubsanables. Si estas pueden corregirse, entendidas como nulidades relativas se procederá de la siguiente forma:

> "Artículo 164. Saneamiento de la nulidad. Las nulidades quedarán subsanadas si el interviniente en el procedimiento perjudicado no impetrare su declaración oportunamente, si aceptare expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumpliere su finalidad respecto de todos los interesados, salvo en los casos previstos en el artículo 160".

Si se declara la nulidad del acto procesal, la ley chilena establece cuáles son las consecuencias jurídicas de ella (art. 165).

> "La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren.
>
> El tribunal, al declarar la nulidad, determinará concretamente cuáles son los actos a los que ella se extendiere y, siendo posible, ordenará que se renueven, rectifiquen o ratifiquen.
>
> Con todo, la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad. De este modo, si durante la audiencia de preparación del juicio oral se declarare la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la reapertura de esta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral.
>
> La solicitud de nulidad constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resolviere la cuestión de conformidad a lo solicitado".

Es ilustrativo que cuando un tribunal declare la nulidad del acto procesal, precise en su resolución cuales son los que también correrán la misma consecuencia, u ordenara que se renueve o rectifiquen. La declaracion de nulidad no hará retroceder de fases ya precluidas.

IX. Clases de nulidades

Florián distingue las nulidades en sustanciales y formales. Las primeras consisten en la violación de normas de Derecho Penal y las segundas en la violación de normas de Derecho Procesal Penal. Estas son las que hay que estudiar en Derecho Procesal[420].

(420) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo I, p. 137.

Sergio Torres propone como clasificación:

Nulidades absolutas o relativas.

Nulidades total o parcial, la total cubre todo el acto procesal mientras que la parcial como su nombre lo indica una parte. Un ejemplo es cuando una sentencia de tres condenados es confirmada en el extremo de dos y se manda respecto de tercero nuevo juicio oral.

Nulidades expresas y virtuales se refiere a solo si es indispensable que la sanción legal esté formalmente expresada en el texto o si es posible que el intérprete descubra una incompatibilidad entre la norma y la eficacia de cierto acto jurídico, de manera que quede excluido tácitamente la validez de este sin una explícita determinación en este sentido(421).

X. Nulidad absoluta

Las nulidades absolutas son las que afectan el orden público o alguna garantía constitucional, en tanto que las relativas surgen cuando el acto afecta un interés particular, ya que rige en beneficio de las partes(422). La nulidad tiene una dimensión objetiva y subjetiva, la objetiva tiene que ver con el respecto del orden público y la dimensión subjetiva los intereses del afectado desde una óptica constitucional, mientras que la relativa se restringe más a una dimensión subjetiva.

También se señala que la nulidad absoluta es aquella que afecta las formas sustanciales o las normas de orden público en cuanto incidan sobre garantías fundamentales que aseguran el debido proceso(423). Si bien se le agrega formas sustanciales, estas en general se encuentran definidas en normas jurídicas.

Por nulidad absoluta o de pleno derecho, dice Fairén, se entiende la invalidez de un acto procesal por dirigirse contra una norma imperativa; a declarar de oficio por el juez o tribunal o a instancia de parte(424).

Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio, sin que se requiera pedir tal declaración, pues afectan al orden público; las relativas, en cambio, deben ser dictadas a pedido de parte. Este último principio ha sido

(421) TORRES, Sergio. *Nulidades en el Proceso Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 59.
(422) Ibídem, p. 57.
(423) CÁCERES JULCA, Roberto. "Las nulidades en el Nuevo Código Procesal Penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 20, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 220.
(424) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 347.

sistematizado por la jurisprudencia, y así, no puede invocar la nulidad quien contribuyó a producirla, quien se beneficia con ella, o quien debía conocer la prohibición. En cambio, puede alegarla el perjudicado.

Precisando más, como características de las nulidades absolutas tenemos[425]; que deben ser declaradas de oficio; pueden serlo en cualquier estado del proceso; pueden ser planteadas por cualquiera de las partes; no son convalidables o subsanables.

Respecto de la nulidad absoluta, según el NCPP, no es necesaria que la solicitud de su declaración la peticione algún sujeto procesal ya que podrá ser declarada de oficio por el propio juez si es que el acto procesal contiene defectos insalvables (art. 150).

El artículo 171 en su primer párrafo del Código Procesal Civil dice que la nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley, esto es, que se alude a un principio de legalidad; sin embargo, se puede declararla cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 171 del CPC dice que si la ley prescribe una formalidad determinada **sin sanción de nulidad** para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito. Esto es, que si el acto procesal se desarrolla con omisión de alguna formalidad, sin embargo, ha cumplido su finalidad este se reputará valido. Desde una perspectiva instrumental el proceso, es un medio, en tanto que la finalidad cumplida es la que debe privilegiarse cuando se está ante actos procesales defectuosos.

En la jurisprudencia del NCPP tenemos el pronunciamiento de La Sala de Apelaciones de Trujillo en el Expediente 28-2008 del 9 de mayo del 2008 que advirtió que de la revisión del cuaderno de debates y expediente judicial formado a raíz del juzgamiento no existía una sentencia escrita en la forma exigida por el NCPP lo que no guardaba relación con la exigencia constitucional de motivación escrita. La expedición de la sentencia debe ser por escrito, con la debida fundamentación y firmada por el juez o el colegiado sin perjuicio de que se registre en el acta o en el audio de la audiencia[426]. Consideró que se había trasgredido lo establecido por los artículos 394, 396 y 396 del NCPP constituyendo una nulidad absoluta, de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 del NCPP.

(425) TORRES, Sergio. Ob. cit., p. 58.
(426) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 195.

XI. Nulidad relativa

Por nulidad relativa se entiende aquellos vicios o defectos no sustanciales que no alteran el núcleo central del debate, pero que ocasionan actos procesales irregulares que causan daño o perjuicio a alguno de los sujetos procesales afectados directamente quienes pueden solicitar la rescisión o convalidación del acto procesal en forma expresa o tácita(427). En este caso, se equipara irregularidad con nulidad relativa, la diferencia es que para nosotros el acto irregular no genera perjuicio, la nulidad sí.

En la nulidad relativa o anulabilidad; el acto produce efectos mientras no es declarado nulo, a petición de la parte. Como caracteres comunes de las nulidades relativas, tenemos(428):

a) No pueden ser declaradas de oficio, esto es, que la solicitud tiene que presentarla un sujeto procesal.

b) No puede plantearlas quien las haya provocado, pues con esta regla el que cometió el error busca que se subsane lo que él mismo ha provocado.

c) Solo puede pedirla quien tenga interés, que implica que el sujeto procesal sea el afectado por el acto procesal viciado.

d) Son subsanables, esto es, que se puede corregir el vicio incurrido.

XII. Acto inexistente

La doctrina desarrolla un supuesto que puede ser pasible de nulidades y es lo que se denomina acto inexistente, que se le considera una simple apariencia de acto tal como señala Fairén Guillén(429). Sergio Torres, por su lado, dice que hay inexistencia cuando a un hecho material le falta algún elemento esencial para constituirse en un acto jurídico, sea en el sujeto, u objeto o la forma, entendiéndose esta última como la manifestación de la voluntad del sujeto respecto al objeto(430). El acto jurídicamente inexistente no puede ser

(427) CÁCERES JULCA, Roberto. Ob. cit., p. 220.
(428) TORRES, Sergio. Ob. cit., p. 58.
(429) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 347.
(430) TORRES, Sergio. Ob. cit., p. 62.

convalidado ni rectificado, sencillamente porque no existe(431). Si no hay acto entonces nos preguntamos cuál es la relevancia jurídica, y qué nexo tiene con un acto procesal nulo.

Hay diferencias entre el acto inexistente de los nulos. Para que el acto pueda ser anulado, debe existir. Como ejemplo de actos inexistentes, Florián cita el caso del terremoto de Calabria y Messina, a consecuencia del cual muchas sentencias quedaron redactadas, pero sin firmar, por haber fallecido los jueces. Siendo inexistente, el acto de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, no produce efectos jurídicos. En cambio, la nulidad requiere un acto que exista, pero que sea imperfecto, es decir, que no se haya realizado conforme a las normas legales, que tenga un vicio que lo exponga a perder toda eficacia jurídica. Desde el momento que ese acto existe, se presume su regularidad, presunción que admite prueba en contrario(432). Esto va en la línea que al solicitar la nulidad de un acto procesal se tiene que demostrar la existencia del vicio.

Sergio Torres da unos ejemplos de actos inexistentes en la legislación argentina(433). Encuentra una referencia en el Código de Procedimientos en Materia Penal aplicable en el ámbito nacional en el artículo 316, inciso 1 que establece que toda manifestación del procesado, por la cual se reconozca como autor, cómplice o encubridor de un delito o de una tentativa punible, surtirá los efectos legales de la confesión, siempre que reúna conjuntamente las condiciones siguientes: Que sea hecha ante el juez competente. La prestada ante la autoridad de prevención carecerá de valor probatorio y no podrá ser usada en la causa". Dice que el Código no toma como írrita esta declaración llamada "espontánea", sino que determina que no puede ser utilizada en la causa y que el propio legislador la declara inexistente.

Otro supuesto de inexistencia taxativamente enunciado se encuentra en el artículo 402 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires que determina: "Si se produce la muerte del procesado, el juez o Tribunal ordenará el archivo de la causa quedando como inexistente toda sentencia condenatoria pendiente de recurso o en término de poder ser apelada en esa época".

En la jurisprudencia argentina hay una decisión que desarrolla conceptualmente sobre los actos inexistentes y los actos nulos así: "Los actos jurídicos anulables, en principio pueden ser confirmados, sujetos a preclusión y

(431) Ibídem, p. 62.
(432) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., p. 137.
(433) TORRES, Sergio. Ob. cit., pp. 63-64.

cosa juzgada. Los actos inexistentes pueden ser declarados de oficio en todos los casos, no son susceptibles de convalidación expresa o presunta, no recluye ni prescribe y la cosa juzgada no obsta al planteamiento. Mientras que la nulidad expresa sufre un acto que adolece de eficiencia en algunos de sus elementos esenciales, la inexistencia es un concepto aplicable a determinados hechos que prestan la apariencia de actos jurídicos pero en realidad no revisten el carácter de tales por carecer de aquellos elementos". *(Fallos,* 89.344, Sala H, agosto 27/90, "Chiana, Norberto c/ Santo, Atemor", publ. en *LL* del 12 de abril de 1991).

El acto inexistente no existe, entonces estamos ante una tautología. Lo que podemos afirmar más que inexistencia es que hay actos procesales que habiéndose realizado, la legislación procesal penal bajo determinadas condiciones las reputa inexistentes y no requieren una declaración judicial puesto que hay un mandato legal directo. Sobre estos actos inexistentes no puede construirse otros actos procesales porque entonces se viciarían de nulidad.

Un ejemplo lo podemos observar en el artículo 470 del NCPP relacionado a la Terminación Anticipada que dice que cuando no se llegue a un acuerdo o este no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra. Esta regla se aplica en los casos de colaboración eficaz prescrita en el artículo 481.1 que dice que si el acuerdo de colaboración y beneficios es denegado por el fiscal o desaprobado por el juez, las diversas declaraciones formuladas por el colaborador se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizadas en su contra. La inexistencia de las declaraciones dadas por los imputados en las negociaciones o colaboraciones que no han llegado a culminar con éxitos es una garantía que les brinda la ley procesal penal a los imputados.

XIII. Efectos de las nulidades

La nulidad como una sanción procesal resta eficacia o priva de sus efectos al acto o a los actos procesales irregulares(434). Vásquez Rossi dice que la nulidad del acto tal como lo dispone el artículo 174 del CPN no importará la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto. Por actos sucesivos debe entenderse no a los simplemente inmediatos al acto nulo, sino a los que son una consecuencia directa de él. Si, por ejemplo, se declara la nulidad de la notificación de la providencia que dispuso recibir la cau-

(434) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., Tomo I, p. 483.

sa a prueba, serán nulos los actos de ofrecimiento y recepción de ella, pero declarada la nulidad de una declaración testimonial la resolución invalidatoria no alcanza a las restantes diligencias probatorias, aun cuando sean posteriores. Asimismo, la nulidad de una parte del acto no afecta a las demás partes que sean independientes de aquella (CPN, art. 174, párrafo 2do)(435). Aquí lo que se trata de determinar es si hay una relación de dependencia entre el acto viciado y los actos posteriores.

La declaración de nulidad con respecto al concreto acto cumplido en forma irregular produce directamente su invalidación. Esa invalidación equivale a extirpar el núcleo de una zona viciada del proceso, cuya capacidad difusiva se ha extendido en toda esa zona integrada por actos dependientes y conexos del anulado. Sin embargo, para que estos actos sean también anulados han de reunirse las condiciones expresamente exigidas por tal ley. Los actos consecutivos deben depender del núcleo anulado; los anteriores y los simultáneos deben tener conexión con él. Esto implica una vinculación objetiva y específica que debe apreciarse restrictivamente. La dependencia debe ser directa y vinculante. La conexión ha de ser íntima, de manera que la supresión del acto viciado no permita a los otros alcanzar su finalidad. Pero para salvar los casos de inseguridad sobre esta extensión, los códigos modernos exigen la expresa declaración de nulidad de los actos alcanzados por el efecto difusivo del vicio(436). Esta precisión es necesaria para eliminar ordenadamente los actos procesales dependientes.

Carnelutti, respecto a la extensión de la nulidad, dice que si el presupuesto lógico de la anulación de un acto es su nulidad, aunque esta no opere sino en cuanto haya sido judicialmente declarada, la estatuición del vicio, o mejor la estatuición del requisito cuyo defecto constituye vicio con pena de nulidad, no puede menos que tener efecto retroactivo(437).

La nulidad proviene de este vicio, pero no por su simple existencia, sino en cuanto esa existencia haya sido judicialmente declarada. Por lo demás, esta es la regla en cuanto al proceso penal, en el cual el efecto del vicio, a saber, la nulidad, no existe sin la declaración de certeza del juez; no otro es el alcance de la fórmula : "la nulidad de un acto, cuando es declarada, hace nulos los actos consecutivos" (art. 189, Código de Procedimientos Penales). En otros

(435) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 335.
(436) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 247.
(437) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Librería el Foro, Buenos Aires, 1994, p. 320.

términos, la nulidad solo opera a través de la anulación.[438] Lo que se entiende es que el vicio podrá subsistir, es más, nadie puede darse cuenta siquiera de su existencia y si lo advirtieron, mientras no haya declaración expresa de su nulidad seguirá irradiando sus efectos.

La declaración de nulidad sobre la resolución impugnada implica la privación de los efectos jurídicos del acto o resolución de que se trate y de todos aquellos que aparezcan como consecuencia de lo anulado. Ello lleva a que, por lo general, corresponda retrotraer la causa hasta el último acto válido anterior al anulado; para el dictado de la resolución que, conforme a derecho, sustituya la anulada[439].

XIV. La nulidad en el Código de Procedimientos Penales

El artículo 298 del Código de Procedimientos Penales fija las causales de nulidad que hasta antes de la sentencia podrían invocarse ante el juez de la causa para que resuelva directamente. También las causales pueden ser alegadas en vía de recurso de nulidad y la Corte Suprema eventualmente podría estimarlo cuando:

1. Causas

1.1. Si en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la ley procesal penal

En la jurisprudencia suprema tenemos que se consideró como causal de nulidad el hecho que la Sala Penal Superior resolviera una excepción de naturaleza de acción cuando había perdido competencia. Así se establece en el R.N. N° 4283-2006[440], Lambayeque, del veintiocho de marzo de dos mil siete.

En el R.N. N° 2114-2002[441] Madre de Dios del siete de noviembre de dos mil tres se declara nula la sentencia porque no se efectuó una debida apreciación de los hechos materia de inculpación, ni se compulsó adecuadamente la prueba actuada con el fin de establecer la responsabilidad o irresponsabilidad

(438) Ibídem, p. 321.
(439) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., Tomo I, p. 484.
(440) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.
(441) Ídem.

penal de los procesados estableciéndose la necesidad que estos sean analizados exhaustivamente por el superior colegiado en un nuevo debate oral más amplio y acucioso, donde se determinará la condición jurídica de los encausados. Esta misma orientación está contenida en el R.N. Nº 156-2002(442) Cajamarca del trece de noviembre del dos mil dos. En el fondo lo que realmente se plantea el órgano supremo es que hay elementos para condenar, pero no pueden hacerlo por la prohibición de reforma peyorativa y por esta razón se emplea esta fórmula legal.

La Ejecutoria Suprema R.N. N° 2526-2002(443) Áncash del cuatro de octubre del dos mil dos declara la nulidad de la sentencia de vista, insubsistente el dictamen fiscal y ordenan ampliar la instrucción considerando que se encuadró la conducta prohibida en un tipo penal distinto, cuando debió hacerse en el artículo 296 delito de TID y no en el artículo 297, inciso 7.

En el R.N. N° 3564-2002(444), Madre de Dios, del veinte de marzo del dos mil tres, se detecta que al expedir el fallo en mayoría, se pronunció solamente, por la absolución de una acusada y de la pena que debía imponerse a otro acusado, sin pronunciarse, respecto de otros coacusados incurriendo con ello en vicios procesales que acarrean la nulidad de la sentencia.

En el R.N. N° 519-2002(445), Huánuco-Pasco, del cuatro de julio de dos mil dos, se establece como pauta que si los integrantes del colegiado han impuesto una sanción benigna al ahora condenado y al no haber impugnado el señor Fiscal Superior la sentencia materia de grado, solo es factible declarar la nulidad de la misma. Esto responde nuevamente a la imposibilidad de ir contra el principio de prohibición de reforma peyorativa.

En un caso donde estaba en controversia la edad del inculpado en el R.N. Nº 509-2002(446) Lima del cinco de julio del dos mil dos se advirtió que el colegiado superior no había cumplido con recabar la partida de nacimiento original del encausado a efectos de determinar su minoría de edad, prueba indubitable y necesaria para el ejercicio de la acción penal correspondiente; por lo que se incurrió en causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales.

(442) *Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú*. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.
(443) Ídem.
(444) Ídem.
(445) Ídem.
(446) Ídem.

1.2. Si el juez que instruyó o el tribunal que juzgó no era competente

La regla tiene relación con el principio del juez natural, es decir, que la competencia de quien es juzgador debe estar clara y previamente determinada. Cualquier desvío de este curso implica afectar el debido proceso. La excepción es cuando se trata de transferencia de competencia.

1.3. Si se ha condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o del juicio oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación

En el R.N. Nº 998-2004[447] Tacna del catorce de julio de dos mil cuatro se señala que en autos no existen pruebas plenas, ni fehacientes que demuestren la responsabilidad penal del procesado, más aún si el agraviado durante el proceso ha incurrido en una serie de contradicciones respecto al número de sujetos que lo asaltaron, no resultando lógico ni coherente que si el procesado hubiera tenido participación, hubiera prestado auxilio al agraviado cuando este fue abandonado por los asaltantes; asimismo, se aprecia que en la sentencia materia de grado no existe una relación lógica entre la parte considerativa y la resolutiva, ya que se advierte de los considerandos de la misma que la conducta del encausado Fernando Quispe Choque encuadraría como cómplice secundario, ya que se señala que los autores directos se dieron a la fuga, aplicándosele el artículo 25 del Código Penal; sin embargo, en la parte resolutiva se le condena como autor del hecho, por lo que la sentencia es nula. Aquí hay un problema de congruencia entre lo razonado y lo resuelto, y esa fractura definitivamente trae como consecuencia la nulidad.

2. Subsanación de vicios procesales e integración

El artículo 298 del Código de Procedimientos Penales dice que no procede declarar la nulidad tratándose de vicios procesales que pueden ser subsanados; o que no afecten el sentido de la resolución. Los jueces están facultados para completar o integrar en lo accesorio, incidental o subsidiario, los fallos o resoluciones judiciales. Los límites de la integración deben ser respetados escrupulosamente porque puede deslizar al juez en un cambio del sentido del fallo.

La petición en el Código de Procedimientos penales no está regulada por lo que es aplicable las reglas del artículo 174 del Código Procesal Civil y que son los siguientes: a) alegación del perjuicio sufrido, b) la acreditación del

(447) Ídem.

perjuicio indicando de ser el caso la defensa que no pudo realizarse como consecuencia directa del acto cuestionado y c) el interés jurídico para formular la nulidad, el que deberá ser propio y específico con relación al pedido. La oportunidad atendiendo el artículo 176 del Código Procesal Civil, debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, **antes de la sentencia**. El vicio procesal, sentenciado en primera instancia, solo puede ser alegado expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación.

En la Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. N° 798-2005-Ica del veintidós de agosto de dos mil cinco se establecen reglas respecto de la petición de nulidad una vez dictada la resolución y dice:

> "(…) como criterio rector, es del caso dejar sentado que la sentencia Ejecutoria que emite la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose sobre el recurso de nulidad interpuesto por las partes en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos, por su propia naturaleza y jerarquía, es definitiva e inmodificable –salvo, claro está, los supuestos de aclaración y corrección de resoluciones–, y contra ella no procede recurso alguno, menos articulación de nulidad de actuados basada en motivos de mérito, que en buena cuenta persiguen un reexamen del recurso o cuestión controvertida definitivamente resuelta".

La Sala Suprema deja sentada que la Sentencia Ejecutoria que resuelve un recurso de nulidad es definitiva e inmodificable, salvo en los supuestos de aclaración y corrección de resoluciones, y contra dicha resolución no procede recurso alguno y menos articulación de nulidad de actuados que persiguen una revisión de la cuestión controvertida ya decidida. Continúa señalando el Supremo Tribunal:

> "(...) que, asimismo, excluida in límine toda alegación que pretenda una nueva valoración de la cuestión jurídica decidida, y en tanto ello no implique volver a examinar lo ya resuelto –alegando supuestos vicios in iure–, solo es posible cuestionar indirectamente el fallo invocando, de un lado, vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, siempre que importen una efectiva indefensión a la parte afectada, y, de otro lado, pero muy restrictivamente, vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y solo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo al respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales; que fuera de esos vicios, que suponen

> infracción de la norma que guía el trámite del procedimiento impugnatorio en la Corte Suprema de Justicia o cautela la configuración del fallo en orden a lo que debe decidir, siempre que sobre los alcances de la congruencia no exista una motivación puntual en el propio fallo, no cabe articulación alguna contra la Ejecutoria Suprema y, extensivamente, contra una sentencia que resuelva el objeto procesal de una causa en vía recursal, y siempre en este último caso que no exista contra la misma un recurso impugnatorio posible de interponerse y el punto no haya sido objeto de la pretensión impugnatoria por haberse seguido sorpresivamente luego de su expedición".

Establece excepciones cuando existen vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, que han dejado en indefensión a la parte afectada, y cuando muy restrictivamente hay vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y solo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo por respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales.

Sobre este asunto además es de tener en cuenta la institución de la cosa juzgada puesto que plantea límites y establece responsabilidades para los que incumplan el mandato contenido en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que en la parte pertinente dice:

> "No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso".

En conclusión, la regla vinculante de este precedente le da primacía a la seguridad jurídica que es uno de los principios sustanciales del Estado de Derecho, y que se manifiesta en la institución de la cosa juzgada.

XV. La nulidad en el NCPP

Esta figura tiene una regulación propia y se describe sus características, clases, efectos desde el artículo 149 al 154 del NCPP.

El artículo 149 dice que la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la Ley. Esto es taxativo. Una premisa para viciar un acto son las

disposiciones que regulan el acto procesal y que esta causal deba estar prevista en la ley, esto es, que aquí se expresa un principio de legalidad.

1. Nulidad absoluta

Su regulación y las causales se encuentran descritas en el artículo 150 del NCPP y que la forma de declararla puede ser de oficio, no siendo necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

2. Derecho a la defensa

Un primer vicio de nulidad absoluta según el artículo 150.a está referido a la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia.

La "intervención" comprende imposiciones de actuación para el tribunal, como el nombramiento de defensor, intimación, audiencia e informaciones tuitivas, y posibilidades directas de actuación para peticionar, discutir, oponerse, impugnar, y en general resistir el contenido de la imputación. Habrá nulidad cuando se impide la intervención o se violan las formalidades impuestas para garantizarla, y también si falta un órgano regular de acusación o este cumple defectuosamente los actos imputativos(448). Esto se vincula directamente con el derecho a la defensa.

Desde el lado del imputado se entiende como intervención cuando en determinados actos la ley admite su presencia, aunque señala Sergio Torres que la utilidad no surge de su mera presencia o ausencia, sino cuando no se le haya citado, siendo su presencia indispensable, y el acto igualmente se hubiese cumplido. De esta forma, se protege su derecho a conocer y controlar las pruebas, a facilitar la tarea del defensor y permitirle la posibilidad de estar presente, y eventualmente participar en distintos actos del proceso.(449) La omisión de intervención del acusado en audiencias donde la norma procesal establece indispensable es causal de nulidad.

Asistencia tiene que ver con el derecho de contar con abogado. Este derecho es parte del contenido esencial del derecho a la defensa y al debido proceso. En la STC Exp. Nº 1425-2008-PH, caso González Gallardo se reconoce el derecho a la defensa técnica como parte del debido proceso. Se señala que aun en

(448) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 239.
(449) TORRES, Sergio. Ob. cit., p. 184.

los casos en que el demandado se niegue a recibir la asistencia de un abogado, esta debe garantizarse siempre, pues la falta de conocimientos en materia jurídica coloca al procesado en una situación de desventaja (desigualdad de armas).

Representación cuando se designa abogado para que lo represente en juicio, determinar la capacidad del representante legal para disponer de derechos del imputado.

La Ausencia de defensor, acarrea la nulidad cuando hay actos en los que la intervención es obligatoria.

3. Nombramiento, capacidad y constitución de jueces o salas

Un segundo supuesto de vicios de nulidad absoluta según el artículo 150.b del NCPP es el referido al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o salas.

Clariá dice que las nulidades genéricas sistematizadas comienzan refiriéndose al tribunal y su personificación, en la legislación argentina (art. 185, inc. 1", Córdoba) y comprende el nombramiento de los jueces, la capacidad de estos y la objetiva del oficio o tribunal y la constitución de este. La inobservancia de las normas referidas a estos aspectos en el cumplimiento de los actos procesales penales hace incurrir en nulidad(450). Es lo mismo que se señala en el artículo 150.b.

Respecto del nombramiento, esto guarda relación con el acto administrativo por el que ha sido designado juez. En estos casos hay dos formas, el que proviene del Consejo Nacional de la Magistratura que nombra jueces titulares, y en los casos de supernumerarios y provisionales, la facultad de la Presidencia de Corte Superior que designa a estos jueces conforme a la Ley Orgánica y la Ley de Carrera Judicial. Es sobre este segundo tópico que puede cuestionarse con la nulidad. El órgano externo del Poder Judicial como el Consejo Nacional de la Magistratura, respecto del cuestionamiento al nombramiento tiene otra vía. También se le vincula a institutos como la inhibición o recusación ya que si existiera la aceptación de estas el juez ya no podría realizar actos procesales.

Con relación a la **capacidad** se considera como las condiciones del órgano para ejercer la jurisdicción(451), esto es, que el juez sea competente para avocarse a un caso.

(450) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 237.
(451) TORRES, Sergio. Ob. cit., p. 182.

Ahora respecto de la "constitución" del tribunal se entiende como las referidas a las normas reguladoras de la intervención del oficio judicial, como son la asistencia del secretario, el número de miembros del cuerpo colegiado, la integración de las cámaras o salas, régimen de sustituciones(452). Se pone como ejemplo de nulidad absoluta cuando se da lectura de sentencia con la presencia de solo dos jueces, de tres que componen la sala.

4. Promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público

Un tercer supuesto de vicios de nulidad absoluta se vincula a la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria según reza el artículo 150.c.

El Ministerio Público es titular de la Acción Penal Pública porque ese rol lo tiene asignado constitucionalmente; y su labor de impulso de la investigación no puede ser frenada sin sustento por alguna decisión judicial, puesto que se colisionaría con el principio acusatorio. Un vicio de nulidad absoluta a nuestro entender y lo desarrollamos más adelante es la declaración de nulidad de la disposición fiscal de formalizar la investigación preparatoria.

Otra forma de afectarlo en sus derechos como Ministerio Público es no convocarlo a las audiencias donde su presencia es obligatoria. Por ejemplo, en una sesión de lectura de sentencia.

Se busca la intervención del fiscal conforme a la su ley orgánica y las normas procesales que exigen su presencia, o intervención. Por ejemplo, si el juez omite correr traslado al Ministerio Público en los casos señalados por la ley procesal, la decisión adoptada tiene intrínsecamente el vicio de tal forma que es posible su declaración de nulidad.

5. Violación de derechos constitucionales

Un cuarto supuesto de vicios de nulidad absoluta está conectado a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución según el artículo 150.d.

Puede darse el caso que se elabore un auto o sentencia sin la debida motivación por lo que debe declararse nula. Los derechos de defensa y a obtener decisiones motivadas son parte de la garantía del debido proceso. Así se ha establecido en la STC 8605-2005-AA, caso Engelhard S.A.C.

(452) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 238.

El derecho de defensa no se agota con brindarle al proceso las oportunidades que tiene para el ejercicio de la defensa, es necesario, responder fundadamente a sus serias argumentaciones(453).

6. Nulidad relativa

Los vicios o defectos no sustanciales que no alteran el núcleo central del debate son pasibles de ser dejados sin efectos mediante su declaración de nulidad en su modalidad relativa.

Una de las características de la nulidad relativa es que para instar su declaración el sujeto debe instarlo cuando tome conocimiento del mismo. No basta que la parte advierta las deficiencias del acto procesal, sino tiene que proponer la manera para corregir ese vicio taxativamente considerando este como requisito de admisibilidad. Así lo establece el artículo 151.1 del NCPP. Debe observar como requisitos de forma que la solicitud describa el defecto y proponga la solución correspondiente (art. 151.2).

Respecto del plazo el artículo 151.3 fija que el plazo para interponer la solicitud es dentro del quinto día de conocido el defecto. La forma de conocerlo es la notificación; sin embargo, puede darse el caso que se tome conocimiento casualmente y si no hay constancia de cargo creemos que bastará que la parte lo proponga para presumir que está dentro del plazo legal.

El vicio de nulidad no puede ser alegado por la misma parte que lo ha ocasionado porque estaríamos ante defensas maliciosas o la búsqueda que el litigante quiera corregir sus propios errores. Se le cierra también la posibilidad de alegación luego de debatida la sentencia de primera instancia y si es en juicio luego de la deliberación de la siguiente sentencia. Aquí se expresa la aplicación del principio de protección (art. 151.4).

XVI. Convalidación

La convalidación significa una suerte de ratificación del acto procesal viciado, se entiende nulidad relativa si el titular de la acción penal y los demás sujetos procesales no solicitan su ineficacia, se interpreta que están confirmando el acto. El artículo 152 establece que salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados si se dan los siguientes supuestos:

(453) BROWN, Guillermo. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Nova tesis, Buenos Aires, 2002, p. 49.

a) Cuando el Ministerio Público o los demás sujetos procesales no hayan solicitado oportunamente su saneamiento

Esto significa que si las partes tomaron conocimiento del acto procesal viciado y no presentaron su petición de corregirlo esto es sanearlo entonces se entiende que convalidaron el vicio.

b) Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.

Si la parte afectada por el acto procesal viciado y teniendo derecho a impugnarlo hayan aceptado los efectos de este, lo han convalidado. Las nulidades quedan subsanadas cuando las partes o el ministerio fiscal no las opongan oportunamente, o cuando quienes tengan derecho a ellas las hayan aceptado expresa o tácitamente, o cuando el acto que diera lugar a la nulidad hubiera conseguido su fin respecto de los interesados(454).

En la jurisprudencia suprema respecto de este tópico tenemos el auto de calificación de la Casación N° 05-2010, La Libertad, del 19 de abril de 2010, respecto del motivo del recurso fundado en que se oralizó de manera ilegítima la declaración de su coencausado contumaz lo que no podía hacerse por ir en contra de lo prescrito por el artículo 383, numeral 1, inciso d) del NCPP y que la recurrente conoció oportunamente su incorporación y no la impugnó y en consecuencia la legitimó.

c) Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes.

Aquí se aprecia el principio de finalidad del acto cumplido, es decir si el acto procesal viciado consiguió el objetivo, entonces no procede invalidarlo. Si una parte procesal tomo conocimiento del contenido de una notificación defectuosa, como esa era la finalidad, entonces hay convalidación.

El artículo 152.2 dice que el saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados. Por la convalidación se mantiene el acto procesal sin que sus efectos perjudiquen al proceso como tal. Se entiende la convalidación también como una subsanación del acto procesal.

(454) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo I, p. 139.

XVII. Saneamiento

En su acepción lingüística, el saneamiento significa hacer una limpieza, purificación, higiene del acto procesal viciado. Los defectos serán corregidos dice el artículo 153.1 del NCPP siempre que sea posible haciendo lo siguiente:

- Renovación del acto, esto es, volverlo hacer corrigiendo el error.
- Rectificación del error, el acto se mantiene solo se corrige el elemento viciado.
- Cumpliendo el acto omitido, para que se genere efectos procesales deseados.

La legitimidad para hacerlo corresponde al juez de oficio o a instancia de los interesados y el saneamiento está sujeto a límites dado que el artículo 153.2 dice que está prohibido que bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, se retrotraiga el proceso a períodos ya precluidos. Pero señala como excepción, si hay casos que expresamente están previstos por el NCPP.

XVIII. Efectos de la nulidad

La nulidad del proceso o del acto procesal viciado tendrá como efecto retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio pero subsistirán los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados. Declarada la nulidad del juicio oral, la audiencia será reabierta, a fin de que en dicho acto se subsanen los vicios u omisiones que la motivaron o, que en su caso, se complementen o amplíen las pruebas y diligencias que correspondan.

Es de rigor recomendar cuando se declara una nulidad debe especificarse cuál es el acto procesal que se deja sin efecto, puesto que si no se hace esto los actos procesales posteriores al vicio pueden ser considerados por la defensa del imputado como carentes de validez, y deslizar esa petición tan ampliamente usada de "nulidad de todo lo actuado". En puridad, debe tenerse en cuenta que el principal efecto de la nulidad es privar al acto de su eficacia jurídica y en consecuencia se tiene el acto como no realizado y como consecuencia tampoco tienen validez los actos posteriores **que en él se funden** de acuerdo a la máxima romana: *qued nullum est nullum producit effectum*(455). Razonando

(455) ALSINA, Hugo. Ob. cit., p. 13.

al contrario, si hay actos procesales independientes del acto nulo, entonces estos subsisten frente a la declaración de nulidad justamente por no tener una relación de dependencia.

En el artículo 154 el NCPP se prevé cuáles son los efectos de la declaración de nulidad. La nulidad de un acto elimina todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El juez precisará los actos dependientes que son anulados según el artículo 154.1. Esto se aplica cuando hay actos procesales que se encuentran conectados con el acto procesal viciado de nulidad retirándole la eficacia. Esto tiene sindéresis, porque cómo podrían mantenerse actos procesales que se sustentan en un viciado y cuya nulidad ha sido declarada.

Los defectos del acto procesal deberán ser subsanados siempre que sea posible con la renovación del acto, su rectificación, o cumplimiento del acto omitido esta regla fluye del artículo 154.2.

Según el artículo 154.3, la declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo. Sin embargo, no se podrá retraer el proceso a etapas ya precluidas, salvo en los casos en que así correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de apelación o de casación.

Si se declarasen actos procesales viciados y que tuvieron origen en la Investigación Preparatoria, no implicará que esta se reabra nuevamente. Si las nulidades son declaradas en el juicio oral y durante el desarrollo del juicio oral, no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la etapa intermedia. Artículo 154.4 del NCPP. ¿Cuál es el sentido de esa norma? Pues el de conservar los actos que no tienen vicios.

XIX. Actos procesales susceptibles de ser anulados en el NCPP

Vamos a enumerar una serie de actos que podrían ser declarados ineficaces por estar viciados de nulidad.

1. Principio de oportunidad

Una salida alternativa y de composición del conflicto es el principio de oportunidad que está regulado por el artículo 2 del NCPP. Si el fiscal e imputado llegaron a un acuerdo y se satisfizo la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, **bajo sanción de nulidad**, que otro fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos.

El cumplimiento del acuerdo respecto de la reparación civil tiene como efecto el de cosa juzgada, esto es, como una garantía de que no se va a volver a iniciar el acto de persecución penal de parte del Ministerio Público. Si algún fiscal a sabiendas que se cerró el caso iniciara o promoviera la acción penal, en caso de formalizarse, la disposición podría ser atacada con una excepción de cosa juzgada.

2. La acción civil

El titular de la persecución penal y civil es el Ministerio Público, pero una vez que el agraviado se constituye en actor civil según el artículo 11 del NCPP cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso. En esta línea, si participase en la persecución de este objeto el acto procesal estaría viciado de nulidad no necesariamente absoluta porque habría que ver si con esa intervención causa algún perjuicio, por ejemplo, que solicite el actor civil una suma reparatoria y el fiscal una suma mayor.

La Sala de Apelaciones de la Libertad en el Expediente 160-2008, Trujillo, 5 de mayo del 2008, ha señalado:

> "El actor civil se ha constituido de manera extemporánea, pues, pese a que fue emplazado de la solicitud de terminación anticipada y de la realización de la audiencia respectiva, no se constituyó como parte en esa oportunidad y además no concurrió a la referida audiencia.
>
> Al haberse constituido el actor civil con posterioridad a la sentencia condenatoria que aprobó el referido acuerdo de terminación anticipada, debe declararse la nulidad de los actos procesales ocurridos con posterioridad a dicho momento, incluyendo la resolución que concedió el recurso de apelación interpuesto por el actor civil"(456).

3. Nulidad de transferencia

La transferencia de bienes por el imputado con la intención de evadir una futura reparación civil, son actos externos viciados de nulidad y que tienen efecto dentro del proceso penal. Por ello, el artículo 15 fija un procedimiento de nulidad de transferencias. El MP y/o el actor civil, según los casos, cuando corresponda aplicar lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal o cuando se trate de bienes sujetos a decomiso de conformidad con el artículo 102 del

(456) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 355.

citado Código, que hubieran sido transferidos o gravados fraudulentamente, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida que corresponda, **solicitarán en el mismo proceso penal la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído sobre el bien.** Puede hacerse dentro de la investigación preparatoria o en la etapa intermedia.

4. La incompetencia territorial

El artículo 25 del NCPP establece como excepción que los actos procesales realizados por órgano jurisdiccional incompetente no acarrea la nulidad de los actos procesales ya realizados. Esto hay que relativizarlos toda vez que estamos ante una nulidad absoluta porque quien ha realizado los actos no es el juez natural.

5. Defecto de la notificación

El artículo 131.1 enumera los vicios del acto de notificación, los que si causan indefensión de una parte procesal, la notificación no surtirá efecto siendo estos los siguientes:

a) Haya existido error sobre la identidad de la persona notificada;

b) La disposición o la resolución haya sido notificada en forma incompleta;

c) En la diligencia no conste la fecha o, cuando corresponda, la fecha de entrega de la copia;

d) Si en la copia entregada falta la firma de quien ha efectuado la notificación.

Sin embargo, esos vicios pueden ser convalidados si el afectado procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la disposición o resolución, o si esta, no obstante carecer de un requisito formal, ha cumplido su finalidad.

6. La prueba prohibida

La doctrina considera que en materia probatoria la nulidad es un límite a la valoración de la prueba, se entienden nulidades absolutas, en la línea de considerar que las nulidades procesales tienen un doble fundamento: a) garantizar la efectiva vigencia del debido proceso legal y b) garantizar la efectiva vigencia de la regla de la defensa en juicio(457).

(457) BROWN, Guillermo. Ob. cit., p. 47.

Una prueba es ilícita, en general, cuando el modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efectos de la sentencia traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado.(458) La forma de adquisición de esta prueba se hace con la vulneración de derechos fundamentales tutelados constitucionalmente.

En la doctrina del Tribunal Constitucional, como la STC Exp. N° 6712-2005-HC al establecer los requisitos de la prueba, hacen referencia al principio de licitud por la que no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

En el artículo 159 del NCPP hay una referencia a la prueba prohibida o prueba ilícita que dice que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

7. Medidas de coerción

Las medidas de coerción en el fondo son limitaciones de derechos fundamentales por lo que estando bajo la regla de judicialidad pues la decisión debe hacerse mediante auto. El artículo 254 establece los requisitos formales del auto bajo sanción de nulidad y que son los siguientes:

a) La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.

b) La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.

c) La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución.

8. Auto de enjuiciamiento

El artículo 353 fija el contenido del auto de enjuiciamiento pero señala que este no es recurrible, entonces si no se puede apelar, tampoco niega la

(458) FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la Prueba*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 770.

posibilidad que se formule una nulidad como remedio para que el mismo juez pueda corregir la resolución viciada.

El numeral 2 del artículo examinado dice que el auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad:

a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados;

b) El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias;

c) Los medios de pruebas admitidas y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias;

d) La indicación de las partes constituidas en la causa.

e) La orden de remisión de los actuados al juez encargado del juicio oral.

9. Plazo de emisión de sentencia en conclusión anticipada

El NCPP contempla la conclusión anticipada del juicio en el artículo 372 si es que el imputado aceptó los cargos. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio. Si el acusado ha contribuido en acelerar el proceso, debe beneficiarse por lo menos con la emisión de una sentencia en un plazo brevísimo. No hacerlo así provoca la nulidad del juicio, esto es, ni siquiera retrotraer, simplemente se acaba juzgamiento oral debiendo reprogramarse otro.

10. Facultades de los órganos de revisión de sentencias

Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio si se señala como regla, y esto también se proyecta al tribunal revisor de apelaciones si es que no ha sido invocada por la parte. El artículo 409.1 sobre la Competencia del Tribunal Revisor señala que este solo debe concentrarse en resolver la materia impugnada, pero puede **declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.**

El artículo 425 establece un conjunto de criterios y facultades de la Sala Penal Superior y dentro de ellas el de declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al juez que corresponda

para la subsanación a que hubiere lugar. Un ejemplo del ejercicio de esta facultad lo tenemos en la ejecutoria superior dictada por la Sala de Apelaciones de Huaura en la causa 869-2006 Huacho 17 de abril del 2007 que declara nula una sentencia de primera instancia con base en el siguiente raciocinio:

> "Al emitir la sentencia absolutoria el juez de primera instancia ha omitido valorar; examinar y explicitar individualmente la declaración de los testigos ofrecidos por la querellante, solo porque tendrían una relación económica con aquella. Se ha afectado por ello el contenido esencial del derecho al debido proceso constituyendo dicho vicio una nulidad absoluta que puede ser declarada de oficio y que no puede ser subsanada"(459).

11. En recurso de casación

El recurso de casación, para ser interpuesto, se tiene que fundar en las causales fijadas en el artículo 429 del NCPP. El numeral 2 establece que una causal es si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionado con la nulidad.

Una aplicación de esta regla la tenemos en Casación 05-2007 auto dado en Huaura, 7 de agosto de 2007, que dice:

> "La declaración de nulidad requiere de actos procesales realizados con defectos estructurales de tal naturaleza que le restan eficacia jurídica"(460)

XX. Nulidad de la disposición fiscal

¿La disposición fiscal es un acto procesal? ¿Si el juez de la investigación preparatoria controla los actos fiscales, no puede también declarar nulas todas las que contravengan normas o formalidades expresas como la disposición? Estas interrogantes se las han formulado más de una vez los magistrados inmersos en la aplicación del NCPP.

Se ha detectado que en la jurisdicción de Trujillo no se dispone la nulidad de la disposición fiscal con el argumento que esta carece de contenido jurisdiccional; mientras que en el distrito judicial de Piura la Sala de Apelaciones

(459) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 214.
(460) Ídem.

en el Exp. 07043-2010 resolvió declarar la nulidad por afectación del derecho a la defensa(461). García Cavero precisa que al Ministerio Público se le reconoce en el nuevo proceso penal un conjunto de prerrogativas que no se someten a evaluación judicial, por lo que sus efectos procesales no dependen de una decisión o autorización judicial(462). Y además que la disposición de formalización es comunicada al juez de la investigación preparatoria, esto es, que no requiere de ninguna aprobación judicial. García Cavero, en su argumentación para su postura a favor de las nulidades, camina en sentido contrario porque al final solo desde un aspecto formal señala que el artículo 122 del Código Procesal Penal regula las decisiones fiscales conjuntamente con las judiciales y que ambas se engloban en el Título I de la Sección Segunda del Código Procesal Penal en "Actuaciones Procesales" y como el artículo 149 del NCPP establece la nulidad de las actuaciones procesales y su inobservancia es causal de nulidad; entonces la nulidad también son aplicables a la disposición fiscal de incoar la investigación preparatoria.

Esta posición es una intervención que colisiona en la línea de separación entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, y va contra el principio acusatorio que define sus roles. Esto obviamente no implica necesariamente que se deja al Ministerio Público realizar actuaciones ilegales o arbitrarias, pero hay otros medios procesales para poder llegar a una sanción de nulidad indirecta y estos son los medios de defensa técnicos, como una excepción de improcedencia de acción, o de prescripción, que sí atacan el sustento de una disposición fiscal. Proponer la nulidad, aparte que se desnaturaliza su sentido, podría ser empleado para atacar la actividad esencial del Ministerio Público que es la de investigar y acusar.

Así lo ha señalado correctamente en el Acuerdo Plenario 4-2010 en su 18 considerando:

> "(…) debe quedar claro que la disposición en cuestión es un acto unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer

(461) GARCÍA CAVERO, Percy. "La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 15, Gaceta Jurídica, 2010, p. 280.
(462) Ibídem, p. 289.

uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación".

Como conclusión, somos partidarios de que las disposiciones fiscales no pueden ser anuladas por el juez de la investigación preparatoria, pues en el fondo desnaturaliza el rol del Ministerio Público e invade su ámbito de facultades. De pronto, en un control del principio de imputación necesaria puede elevar al Fiscal Superior la disposición de formalización de la investigación preparatoria para que corrija los defectos, pero siempre dentro del ámbito del Ministerio Público.

Como conclusiones del análisis de la nulidad tenemos las siguientes:

1. Los actos procesales son aquellas manifestaciones que desencadenan voluntariamente una consecuencia jurídica en el proceso.

2. La nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para la misma.

3. La forma del acto es el modo de expresión de la voluntad o lo que se conoce el elemento objetivo del acto.

4. Los principios que sustentan la nulidad son el de taxatividad, trascendencia, finalidad incumplida, conservación, convalidación y protección.

5. La nulidad absoluta es aquella que se configura cuando el acto procesal tiene un vicio insalvable en uno de sus elementos constitutivos.

6. La nulidad relativa es aquella que manteniendo un vicio puede ser corregido o subsanado, y además puede ser convalidado.

7. Los actos inexistentes son aquellos actos procesales que habiéndose realizado, su existencia procesal es eliminada por no haber operado un supuesto establecido legalmente.

8. La corrección o subsanación de las nulidades buscan garantizar el derecho a un debido proceso de los sujetos procesales intervinientes.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Introducción 5

PARTE I
EL DERECHO PROCESAL PENAL

Capítulo I
El Derecho Procesal Penal

I. Función jurisdiccional del Estado 11
II. Concepto de Derecho Procesal Penal 11
III. Objeto 13
IV. Función del Derecho Procesal Penal 14
1. Realización del Derecho Penal material 14
2. Protección personal 15
3. Recomposición de la paz y seguridad ciudadana 15
V. Caracteres 15
1. Derecho Público 15
2. La autonomía 16

Capítulo II
Evolución del Derecho Procesal

I. Antecedentes históricos 19
II. Derecho griego 19
III. Derecho romano 20
IV. Derecho germano 21
V. Derecho inglés 22

VI. Derecho español 23
VII. Derecho eclesiástico 23
VIII. Derecho Procesal indiano 25
IX. El Derecho Procesal peruano 26
1. El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal 26
2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal 27
3. Código de Procedimientos Penales de 1940 28
4. Código Procesal Penal de 1991 29
5. Código Procesal Penal de 2004 30
6. La reforma procesal 30

Capítulo III
Fuentes del Derecho Procesal

I. La ley 33
II. La jurisprudencia 33
III. La costumbre 36
IV. La doctrina 37
V. Los tratados internacionales 37

Capítulo IV
Sistemas procesales

I. Sistema acusatorio 41
II. Sistema inquisitivo 43
III. Sistema mixto 45
IV. Sistemas acusatorios modernos 46

Capítulo V
Principios constitucionales del proceso penal

I. Las garantías procesales 49
II. Dignidad de la persona 51
III. Principio de legalidad y juicio previo 53

IV. Juicio oral 58
V. Juicio público 59
VI. Juicio contradictorio 62
VII. Independencia e imparcialidad 63
VIII. Juez natural. Órgano competente 72
IX. Plazo razonable 80
1. La celeridad en la actuación de los órganos judiciales 82
X. No obligación de autoincriminación 84
XI. Igualdad de armas 89
XII. Derecho a impugnar 91
XIII. Indemnización por errores judiciales 92
XIV. Presunción de inocencia 98
XV. *In dubio pro reo* 101
XVI. Prohibición de persecución penal múltiple 101
XVII. Principio acusatorio y Ministerio Público 106
1. El deber de la carga de la prueba 108
2. Conducción de la investigación 109
3. Relación con la Policía Nacional 109
XVIII. Competencia judicial 109
XIX. Legalidad de las medidas limitativas de derechos 110
XX. Legitimidad de la prueba 111
XXI. Derecho de defensa del imputado 112
XXII. Derechos de la persona agraviada 114
XXIII. Gratuidad de acceso a la justicia 114

Capítulo VI
Normas procesales

I. Concepto 117
II. Normas de orden público 117
III. Efectos de las normas procesales con relación al tiempo 118
IV. Efectos de las normas procesales con relación a las personas .. 122

V. Efectos de las normas procesales con relación al espacio..... 123
VI. Integración de las normas procesales..... 123
VII. Interpretación de las normas procesales..... 124

PARTE II
EL PROCESO

Capítulo I
El proceso

I. Concepto 129
II. Objeto del proceso..... 131
III. Fines del proceso..... 132
IV. Requisitos subjetivos..... 133
V. Requisitos objetivos 134
VI. Caracteres del proceso penal..... 134
VII. Relación jurídica procesal..... 135

Capítulo II
La acción penal

I. Concepto 137
II. Doctrinas dualistas 139
III. El Ministerio Público y la acción penal 141
IV. Caracteres de la acción penal 141
1. Publicismo 141
2. Pretensión jurídica única..... 142
3. Oficialidad..... 142
4. Irrevocabilidad..... 143
5. Indiscrecionalidad..... 143
6. Indivisibilidad..... 144
7. Cumplimiento de condiciones para el ejercicio de la acción penal..... 144

V. La acción penal pública en el Derecho comparado 144
VI. Acción privada 148
1. La presentación de la querella. Instancia de parte 150

Capítulo III
Las salidas alternativas

I. Antecedentes del principio de oportunidad 153
II. Principio de oportunidad y NCPP 157
1. Trámite 159
III. Principio de oportunidad y acuerdos reparatorios 160

Capítulo IV
Medios de defensa técnicos

I. Concepto 163
II. La cuestión previa 168
1. Generalidades 168
2. El informe de la Unidad de Inteligencia Financiera en el delito de lavado de activos 170
III. Cuestión prejudicial 171
IV. Las excepciones 175
1. Concepto 175
V. Excepción de naturaleza de juicio 178
VI. Excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de acción 180
1. Condiciones objetivas de punibilidad 182
VII. Excepción de cosa juzgada 183
VIII. Excepción de amnistía 186
IX. Excepción de prescripción 191
1. Suspensión de prescripción 192
2. La dúplica de la prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos 194
3. Suspensión de la prescripción con la formalización de la investigación preparatoria 195

4. Jurisprudencia constitucional 197
5. La STC Exp. Nº 1388-2010-PHC/TC sobre suspensión de la prescripción 199
X. Oportunidad de los medios de defensa 200
1. Trámite 200

Capítulo V
La acción civil

I. Fines 203
II. Acción civil y el NCPP 211
1. Desistimiento de la acción civil 212
III. Nulidad de transferencias 214
1. Procedimiento 215

Capítulo VI
La jurisdicción

I. La jurisdicción 217
II. Características 218
III. Potestad jurisdiccional 219
IV. Improrrogabilidad de la jurisdicción penal 219
V. La jurisdicción militar 220
VI. Justicia castrense y delitos de función 222
VII. Jurisdicción comunal 226
1. Rondas campesinas y Derecho Penal 226
2. Orígenes 227
3. Constitución y comunidades campesinas y nativas 228
4. Pluralidad cultural 229
5. Las rondas campesinas y jurisdicción especial 229
6. Identidad étnica y cultural 230
7. Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera. Regla jurídica para la aplicación de justicia comunal 231

7.1. Elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil 231
8. Reglas para examinar la conducta del agente 232
9. Derecho consuetudinario y derechos fundamentales. Factor de congruencia 233
10. Actos violatorios de derechos humanos inadmisibles en la jurisdicción especial 234
11. El rondero ante el Derecho Penal 234
11.1. Conducta atípica 234
11.2. Causas de justificación 235
11.3. Reglas para la determinación de la culpabilidad 236
11.4. Exención de pena y atenuación 237
11.5. Determinación de la pena 237

Capítulo VII
La competencia

I. Aspectos doctrinarios 239
II. Formas de determinación de la competencia 241
1. La competencia objetiva 241
1.1. Funcional 241
2. Jurisprudencia de contiendas de competencia: fuero civil vs. fuero militar 243
2.1. Caso La Cantuta 243
3. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra las leyes de autoamnistía y su repercusión en el caso La Cantuta 246
4. Caso Chavín de Huántar. Fuero Militar 246
III. Competencia de las salas penales superiores 248
IV. Conflictos de competencia 248
1. Juez natural 249
2. Carencia de competencia 250
3. Competencia territorial 251

4. Competencia cuando el hecho es cometido en medio de transporte 252
5. Delitos en el extranjero 252
6. Delitos graves y de trascendencia nacional 253
7. Competencia material 254
7.1. Competencia material y funcional de los juzgados penales 254
7.2. Competencia funcional 254
7.3. Competencia funcional de los juzgados de la investigación preparatoria 255
8. Juzgados de paz letrados. Competencia por materia 256
9. La competencia por conexión 256
9.1. Fueros por conexión 256
9.2. Reglas para determinar la competencia por conexión 257
10. Concurso procesal de delitos 257
11. Cuestiones de competencia 258
11.1. La declinatoria de competencia 258
11.2. La transferencia de competencia 258
11.3. Trámite 259
11.4. Jurisprudencia vinculante y transferencia de competencia 259
11.5. La contienda de competencia 264
11.6. La acumulación 266
11.7. La desacumulación 267

Capítulo VIII
La recusación e inhibición

I. Fundamentos 269
II. Recusación 278
1. Trámite 279
2. Reemplazo del inhibido o recusado 281
3. Rechazo de la recusación 281

4. Recusación de miembros de colegiado o todo el colegiado 282
5. Recusación contra miembros de colegiado..... 282
6. Recusación de jueces supremos y caso del ex Presidente Alberto Fujimori 283
6.1. Antecedentes..... 283
6.2. Competencia del TC 284
6.3. El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia..... 285
6.4. El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia como derecho de configuración legal 286
6.5. Delimitación *prima facie* del contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia.. 287
6.6. Análisis constitucional del caso concreto 290
6.7. Inhibición de secretarios y auxiliares..... 293

PARTE III
INTERVINIENTES EN EL PROCESO

Capítulo I
Los sujetos procesales

I. El Ministerio Público 297
1. Antecedentes en el Perú..... 299
2. El defensor de la legalidad y el NCPP..... 302
3. Atribuciones y obligaciones 302
4. Actuación del Ministerio Público en la investigación del delito 304
5. Poder coercitivo..... 305

Capítulo II
La policía

I. Antecedentes 307
1. Enfoque del CPPMI de la policía 309

2. Deberes del personal policial conforme al CPPMI..... 310
II. Rol de la Policía Nacional..... 311
1. Función de investigación de la policía..... 311
2. Atribuciones específicas de la policía..... 312

Capítulo III
El imputado

I. Tutela de derechos. Antecedentes 322
1. Finalidad de la audiencia de tutela..... 324
2. Audiencia..... 325
3. Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 sobre audiencia de tutela e imputación suficiente (o necesaria)..... 327
4. Derechos del imputado y la prueba prohibida 328
5. Convocatoria..... 330
6. Identificación del imputado 330
7. Identificación del imputado en la jurisprudencia suprema .. 331
8. Tutela de menores de edad en el proceso 334
9. Jurisprudencia constitucional en casos de detención de menor 334
10. Inimputabilidad del procesado..... 335
11. Enfermedad del imputado..... 336

Capítulo IV
Contumacia y ausencia

I. La contumacia. Antecedentes..... 339
1. Referencias jurisprudenciales en la Corte Suprema 342
2. Jurisprudencia constitucional y contumacia 343
II. Contumacia en el NCPP..... 349
III. Ausencia..... 350
1. El ausente en el NCPP 352
IV. Reglas comunes para el contumaz y el ausente 352

Capítulo V
El abogado defensor

I. Un poco de historia 355
II. Definición 356
III. Formación del abogado 356
IV. La defensa técnica 357
V. La eficiencia de la defensa técnica en el Derecho anglosajón .. 360
VI. El abogado defensor en la Ley Orgánica y el NCPP 367
1. Deberes del abogado patrocinante 368
2. Derechos del abogado patrocinante 370
3. La representación procesal 373
VII. La defensa gratuita 373
VIII. La defensa de oficio 374
IX. La defensa colectiva 374
X. Reemplazo de abogado 374

Capítulo VI
Las personas jurídicas

I. Antecedentes en el Derecho comparado 380
II. Persona jurídica y culpabilidad 382
III. Personas jurídicas y sanciones civiles 385
IV. La Corte Suprema y el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas 387
1. Inaplicabilidad de los artículos 104 y 105 del Código Penal en la praxis jurisprudencial 388
2. Aspectos dogmáticos 388
3. Reglas para la imposición de consecuencias accesorias. Presupuestos materiales 390
4. Consecuencias accesorias características y funciones 390
5. Reglas de determinación de las consecuencias accesorias .. 392
6. Los derechos de trabajadores y acreedores 396
7. Consecuencias accesorias a la persona jurídica 396

8. Normas procesales en el NCPP 397
9. Oportunidad del trámite 398
10. Representación procesal y derechos y garantías 398
V. Reglas procesales aplicables al Código de Procedimientos Penales 399

Capítulo VII
La víctima o agraviado y el actor civil

I. Derechos del agraviado 419
II. Deberes del agraviado 421
III. El actor civil 421
1. Actor civil y NCPP 424
IV. La reparación civil 426
V. Concurrencia de peticiones para constituirse en actor civil 427
VI. Requisitos para constituirse en actor civil 427
1. Contenido de la petición de constitución en actor civil 428
2. Precisión de la indemnización solicitada 428
VII. Oportunidad y forma para la constitución en actor civil 429
1. Trámite de la constitución en actor civil 430
VIII. Facultades del actor civil 431
IX. El tercero civil 432

PARTE IV
LAS ACTUACIONES PROCESALES

Capítulo I
Las formalidades

I. El idioma 439
II. Condiciones de tiempo 441
III. Condiciones de lugar 442
IV. Las audiencias 444

V. El juramento 444
VI. Juramento en el NCPP 449
VII. Formalidad en el interrogatorio 449
VIII. Las actas 450
1. Precedente vinculante y principio de oralidad 451
2. Precisiones sobre la oralidad 452
3. La oralidad y el juicio 454
4. Oralidad y formas procesales 454
5. Oralidad y resoluciones orales o verbales 455
6. La documentación de la resolución oral 456
7. Motivación de las resoluciones 457
8. Constitución: motivación y forma 458

Capítulo II
Las disposiciones y las resoluciones

I. Resoluciones judiciales 461
II. Error material 462
III. La firma 464
IV. Las notificaciones 464
1. Reglas para la notificación 465
V. Los edictos 467
VI. La notificación por otros medios 467
VII. Las citaciones 471
VIII. Defecto de la notificación 472
IX. Comunicación entre autoridades 473
X. Autoridades extranjeras 476
XI. El expediente 476
1. El expediente fiscal 476
2. El expediente judicial 477
3. Acceso de las partes al expediente judicial 484

4. Prohibición de publicación de la actuación procesal 485
5. Conservación del expediente fiscal o judicial 485
6. Recomposición de expedientes 486
XII. Los plazos 486
1. Cómputo 488
2. Caducidad 488
3. Caducidad en la jurisprudencia suprema 488
4. Caducidad y principio de legalidad 494
5. Reposición del plazo 494
6. Término de la distancia 495

Capítulo III
La nulidad

I. Problematización 497
II. Actos procesales 498
1. Elementos del acto procesal 500
III. Presupuestos procesales 502
IV. Clases de actos procesales 503
1. Por sujetos procesales 503
2. Actos del juez 505
V. Formas procesales 506
VI. Nulidad procesal 508
VII. Principios de la nulidad procesal 509
1. Principio de taxatividad, legalidad o especificidad 510
2. Trascendencia 510
3. Finalidad incumplida 510
4. Conservación 510
5. Convalidación 511
6. Protección 511
VIII. Tratamiento en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica 511

IX. Clases de nulidades 514
X. Nulidad absoluta 515
XI. Nulidad relativa 517
XII. Acto inexistente 517
XIII. Efectos de las nulidades 519
XIV. La nulidad en el Código de Procedimientos Penales 521
1. Causas 521
1.1. Si en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la ley procesal penal 521
1.2. Si el juez que instruyó o el tribunal que juzgó no era competente 523
1.3. Si se ha condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o del juicio oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación 523
2. Subsanación de vicios procesales e integración 523
XV. La nulidad en el NCPP 525
1. Nulidad absoluta 526
2. Derecho a la defensa 526
3. Nombramiento, capacidad y constitución de jueces o salas .. 527
4. Promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público 528
5. Violación de derechos constitucionales 528
6. Nulidad relativa 529
XVI. Convalidación 529
XVII. Saneamiento 531
XVIII. Efectos de la nulidad 531
XIX. Actos procesales susceptibles de ser anulados en el NCPP 532
1. Principio de oportunidad 532
2. La acción civil 533
3. Nulidad de transferencia 533

4. La incompetencia territorial 534
5. Defecto de la notificación 534
6. La prueba prohibida 534
7. Medidas de coerción 535
8. Auto de enjuiciamiento 535
9. Plazo de emisión de sentencia en conclusión anticipada 536
10. Facultades de los órganos de revisión de sentencias 536
11. En recurso de casación 537
XX. Nulidad de la disposición fiscal 537

Índice general 541